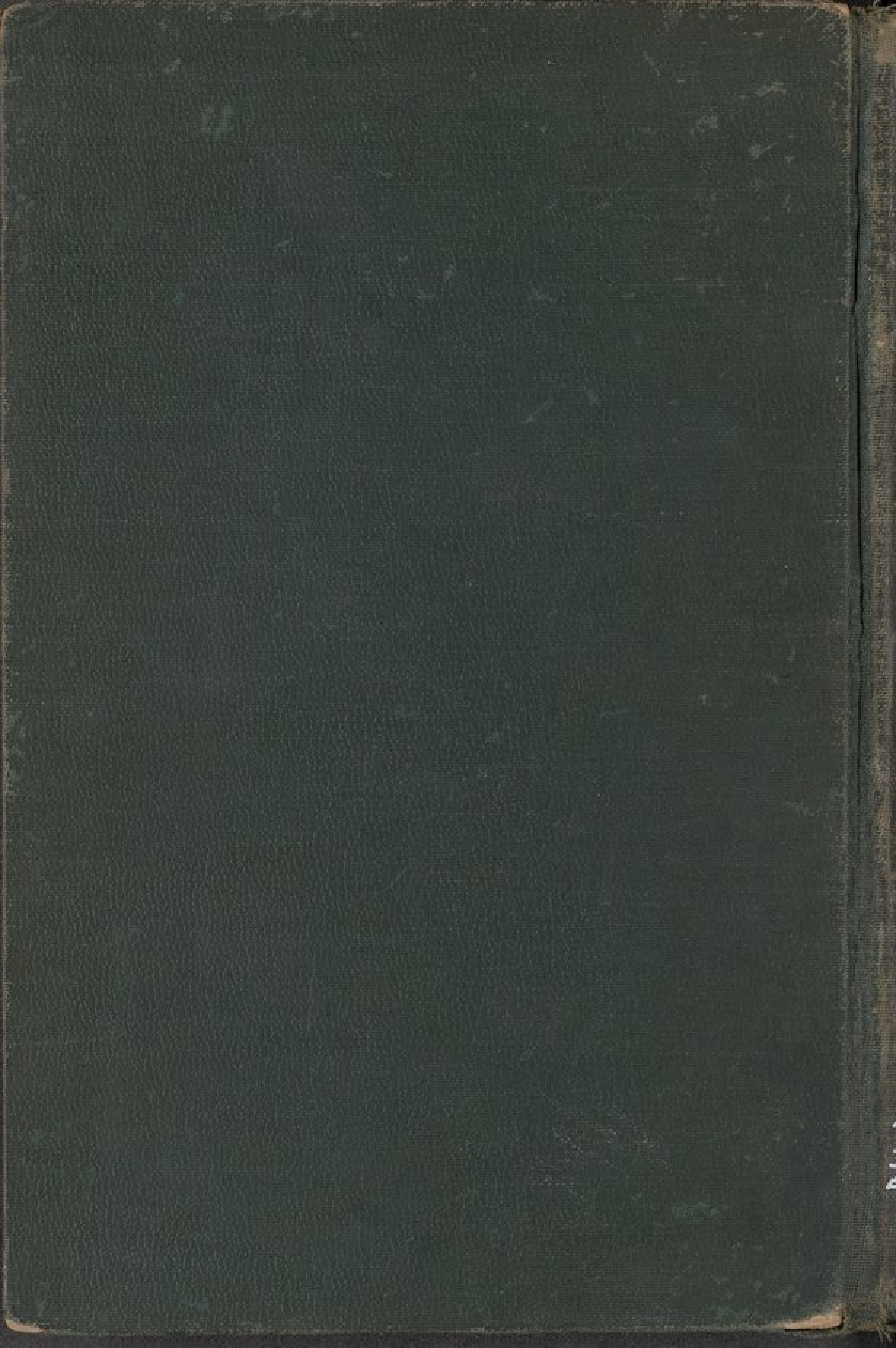



A. U. B.
LIBRARY
A.U.B. LIBRARY



عربون اخلاص واقرار بالفضل لسعادة بيرد ضودج رئيس الجامعة الاميركية في بيروت المخلص المؤلف
٢٠ حزيران ١٩٢٧
زخري

عرضت كتابي على علامة هذا العصر القائم بالنهضة العلمية في هذه البلاد الشيخ احمد عباس الازهري مؤسس الكلية الاسلامية في بيروت . وانا بذلك راجع الى العالم المحقق والباحث المدقق فتفضل بان انشطني بكلمة طيبة لم ار بُدّاً من نشرها اقراراً بفضله وهي:

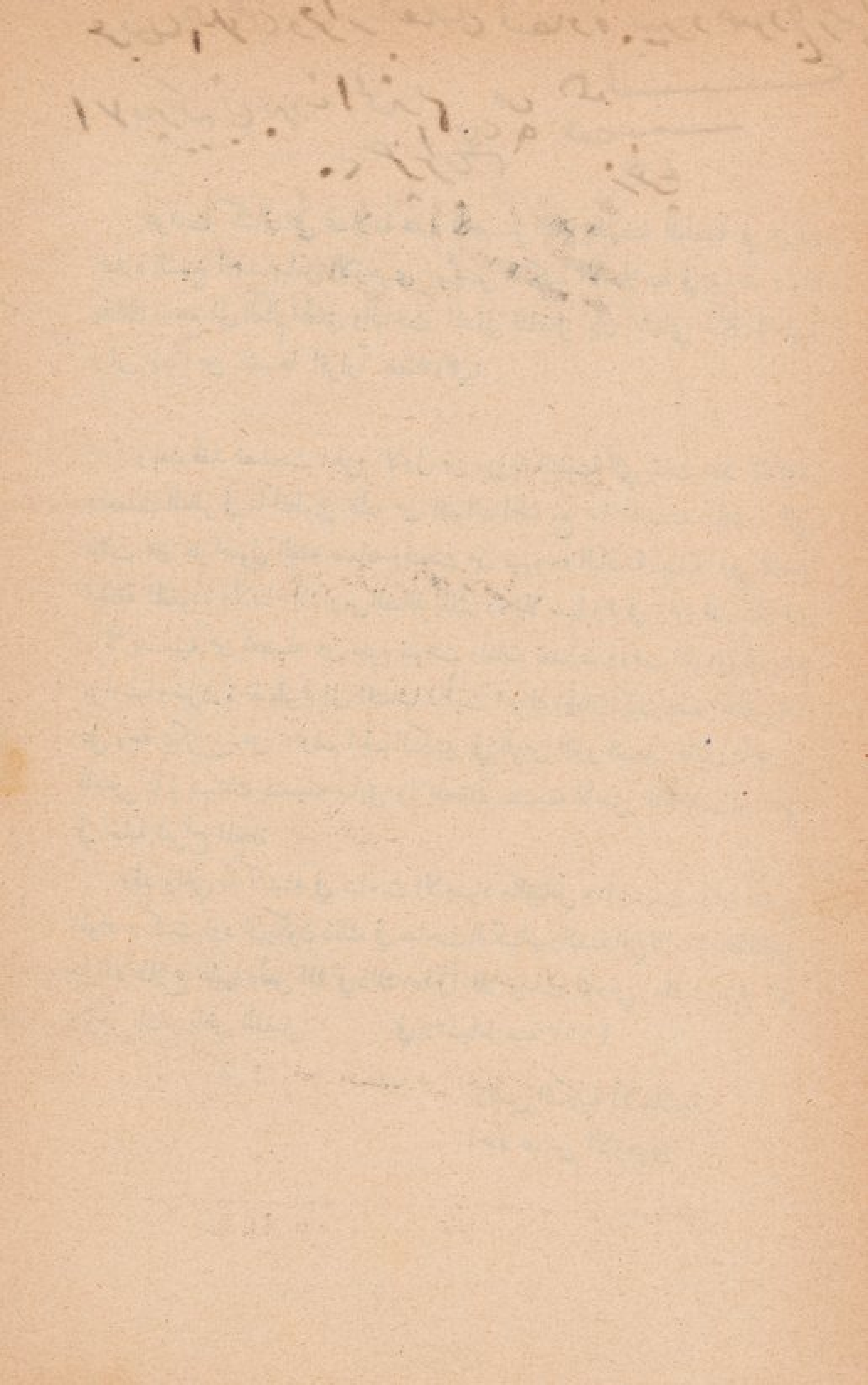
...

وبعد فقد تصفحت الجزء الاول من دررك النفيسة التي بلغت حد الاعجاز وامعنت النظر في ما انطوى عليه من الفوائد الجمة مع ما تضمنته المقدمة التي ذللت من علم اصول الفقه صعابه وفتحت من صروحه الباذخة ابوابه فهي للفقيه الحلقة المفقودة ولابناء المدارس الضالة المنشودة ولا سيما وهم في زمن قد كثر فيه مالا بد لبنيه من تحصيله من علوم تنوعت ولغات تعددت ووقت اعز من ان يسع مزاولتها وضرورة تضطرهم الى اقتنائها فرأيت اعزك الله ان تكون هذه المحاضرات على وجه يمكن من تداولهم الجم الكثير في الزمن النزر اليسير . فاتيت بما جمع فاوعى بما لم يسبقك بتنسيقه سابق ولم يلحقك بتنسيقه لاحق فلله انت ايها المجلي في حلبة شراح المجلة

وقد راقني ما كتبته في مباحث الاجتهاد والقياس وما اسهبت به من شرح المواد وكنت اود ان يكون ذلك في مباحث الكتاب والسنة التي لا مندوحة للفقيه من الاطلاع عليها ولعل لك في ذلك عذراً فلا برحت تزدهي بك ربوع العلم وتزهو بك رياض الفضل   في ٢٨ شباط سنة ١٩٢٧

رئيس الكلية الاسلامية

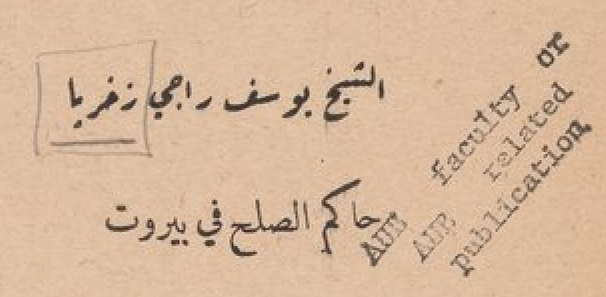
احمد عباس الازهري



المحاضرات الشرعية

١٩٢٦ — ١٩٢٧

لاستاذ الشريعة الاسلامية في الجامعة الاميركية



الشيخ يوسف راجي زغربا

حاكم الصلح في بيروت



القسم الاول

وهو يشتمل على مدخل وشرح مئة القاعدة الاولى

وهي القواعد الكلية من المجلة

مطبعة السلام — بيروت ١٩٢٧

الحمد لله الشارع الازلي الواجب الطاعة

اما بعد فان ادارة الجامعة الاميركانية العزيزة رأت بحسن نظرها ما يحتاج اليه المرء من معرفة الشريعة والقانون في حياته وارادت بغيرتها ودافع عطفها ان تتوسع في بث العلوم الاجتماعية العالية وتتم فضلها على ابناء هذه البلاد الشرقية فوجب لها على الشرق شكر لا يوفيه الا دوامه.

فادخلت في برنامج دروسها درس الشريعة الاسلامية المعمول بها في جميع البلاد الاسلامية المنفصلة عن الممالك العثمانية وهذه البلاد من جملتها. واما اختيارها اياي لتدريس هذا العلم الجليل فلا يقدح بحسن اختيارها الاساتذة. وانما اتخذه دليلاً على ان حظاً رفيعاً ونعمة جليلة كانا مقدورين لي في عالم الغيب فبرزا على يدها بهذا الانتخاب الى حيز الوجود

واما الدروس — فكما عُلم — هي دروس لا يقصد منها جعل الطالب فقيهاً او محامياً متخصصاً بهذا الفن ولكن ان يكون له دليل في حياته العملية يدله على مواطن صون حقه والدفاع عن نفسه وعن مصلحته وينير سبيله بما يوضح له من الامور الشرعية الواجب على كل انسان معرفتها

واما انتم ايها السادة الطلاب فلا نكلفكم جهداً الا الاصاخة حتى

اذا راقكم ما نلقيه من درس اندفعتم من تلقـاء انفسكم الى استقراء الاصول والتبسط في استكناه القواعد الشرعية بدافع اللذة التي تحصل لكل من يطالع بتثبت هـذا العلم المكين الذي انما يدعى بحق « طب الاجتماع »· والله نسأله العون والهدى ·

المقدمة

الشريعة الاسلامية تمتاز عن سواها من الشرائع المعمول بها في عصرنا بانها فضلاً عن كونها مجموعة القواعد التي يجب على كل مسل[illegible] اتباعها بما حوت من امر ونهي — هي ايضاً شريعة مدنية للامم التي لا تزال تعمل بها سواء كانت هذه الامم مسلمة ام غير مسلمة

ان المسلم اذا خالف الشرع خالف نظام الحكومة فاستحق في هذ[illegible] الدنيا عقابه وخالف بذلك ايضاً عقيدته الدينية فاستحق عليها الحساب في الآخرة فهي دينية ودنيوية . وهذه مزية لا يستهان بها لدى التفكير بالحلال والحرام والحق والواجب ، فان الناس انما يساقون بعواطفه[illegible] واعتقاداتهم الدينية التي تمنعهم عن ارتكاب المخالفات والمحرمات اكث[illegible] مما يساقون بغير ذلك من العوامل

وغداً متى درسنا هذه الشريعة وقسناها بما سندرسه من شرائ[illegible] الامم الاخرى وانظمتها نزدد تحقيقاً ان في تلك الكتب الشرع[illegible] القديمة موارد عدل لا تنضب ، واوامر حق وانصاف لا يخرج ع[illegible] دائرتها الرجل حتى يرى نفسه في ساحة المخالفات والمنهيات وم[illegible] درسنا تاريخ هذه الشريعة نجد انها كانت ولا تزال ملاذاً للامم غ[illegible] المسلمة التي حكمها الاسلام

خطر على بال سلطان عثماني ان يكره النصارى على اعتناق الاسلام فاستفتى بذلك شيخ الاسلام فوقفت الشريعة في وجه ذلك الجبار وجاءت الفتوى ان [لا اكراه في الدين]

فحنا السلطان رأسه للشرع وحفظت الشريعة الاسلامية المسيحيين من اضطهاده . ذلك حصل ايام كانت الامم الاخرى يضطهد بعضها بعضاً

ان هذه الشريعة ككل شريعة اخرى تتضمن آراء واوامر مختلفة لا تناسب كل زمان ، ولكنها اكثر من غيرها مرونة واشد هضماً وتمثيلاً فهي تهضم جميع الاغذية القانونية التي تلدها الازمان مبنية على القاعدة الحكيمة القائلة « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان »

ان السلاطين المتأخرين قد قبلوا في اوقات مختلفة باسم الشريعة قوانين اخرى هي وان كانت تظهر غريبة عن الشريعة الا انها بالحقيقة من روحها العادلة ، لان قصد الشارع هو ضمان ارواح الناس واعراضهم واموالهم ، فكل حكم أو نظام يأتي بهذه الغاية لا يخالف من حيث القصد الشريعة الاسلامية ، بل ينطبق على القصد المؤسسة عليه : وليس ما تراه من اختلافات في وجهة التطبيق سوى صور خارجية لروح واحدة

لذلك

لذلك قام في البلاد العثمانية من عهد بعيد سلاطين امروا بقبول بعض قوانين استن بها غيرهم من الامم كقانوني التجارة البرية والتجارة

البحرية وقانون الجزاء وغيرهما مما ندعوه اصطلاحاً القوانين والانظمة على ان هذه القوانين لا تخرج كما سبق لنا القول عن الروح القدسية — الا وهي روح العدل — التي نجدها في الشريعة

فكان

فكان لنا اصطلاحات علمية واسماء متنوعة لموضوع واحد فنقول «شريعة»، ونقول «قانون»، ونقول «نظام» :

ونفهم اصطلاحاً من قولنا شريعة، الاحكام الشرعية التي بنيت على الفقه واهم كتبها المعمول بها في المحاكم «مجلة الاحكام العدلية» وقد غلب عليها اقتضاباً اسم «المجلة»

الشرائع

ونفهم من قولنا قانون : القوانين التي تطبق احكامها الآن كقانون التجارة والمحاكمات والجزاء الى آخر ما هنالك من قوانين سيأتي البحث عنها في مكانه ان شاء الله

ونفهم من قولنا النظام، القوانين الاخرى التي كانت تضعها الحكومة لاحوال خاصة كنظام جبل لبنان، ونظام كريت، ونظام التمغة ونظام الجمرك الى آخر ما هنالك. على ان قولنا شريعة او قانوناً او نظاماً لشيء معين لا يمنع من ان تستعمل كل كلمة من الكلمات الثلاث لجميع الاحكام التي تسنها الحكومة والواجبة الاتباع، فنقول مثلاً القانون المدني عن المجلة كما نقول قانون الجمرك عن نظامه كما نقول شريعة

البلاد عن كل الاحكام الرسمية الجارية فيها

وضع الشرائع

ان الشرائع كلها اما ان تكون الهية كشريعة موسى وشريعة المسيح وشريعة محمد واماان تكون من وضع البشر كشريعة حمورابي وشريعة الرومانيين وشريعة نابوليون وغيرها

الشرائع الالهية

ان الشرائع الالهية او المنزلة ، لها كما سبق التلميح المقام الارفع عند الامم المنتمية لذلك الدين الذي هي شريعته · وهي بحسب اعتقاد اصحابها موحى بها وهي ضامنة السعادة في الدارين · والحق يقال ان هذه الشرائع كانت ولا تزال منارات ساطعة الضياء في سبيل الوصول الى الغاية المنشودة — الا وهي — سعادة الجنس البشري

الشرائع الموضوعة

هي مجموعة الاحكام والقوانين التي تضعها الحكومات وتوجب على الامة اتباعها

واما هذه الشرائع فيضعها الملوك ويبرمونها بصور مختلفة نظراً الى سعة سلطان الملوك ومبلغ ولايتهم

ففي البلاد المحكومة بالحكم الاستبدادي المطلق يصدر هذه الشرائع الملك بمطلق مشيئته ومهما اخذ من آراء علماء عصره ورجال سياسته فله وحده حق الامر في وضعها وابرامها وانفاذها

واما في البلاد الدستورية اي ذات الحكم المقيد فلوضع القوانين والشرائع طرق اهمها :

ان تقترح الحكومة او النواب وضع قانون وبعد ان ينظمه اهل المصلحة والعلم بشكل لائحة قانون يعرض على مجالس خاصة تدرسه وتبدي آراءها فيه ثم يعرض على مجلس النواب من عوام وشيوخ وبعد ان يصدقها يعرض على ملك البلاد او رئيس جمهوريتها ليجيزه ويأمر بوجوب العمل به . وله حق رد القانون مع ابداء ملحوظاته عليه فيعاد الدرس والمذاكرة فيه حتي يقرره المجلسان اصراراً او تعديلاً . وسنفرد لهذا الموضوع مقالة خاصة في موضع آخر

واما الان فالقصد هو بيان الفرق بين الشرائع الالهية والشرائع البشرية الموضوعة :

واذا قدر ان امة من الامم جمعت شرائعها ، الاحكام الالهية ، مع الاحكام التي استحسن نواب الامة وضعها واتفقت مقاصدواحكام هذه الشريعة - الا يصح ان نقول : ما احسن الدين والدنيا اذا اجتمعا

ان اجماع نواب الامة او اكثريتهم على وضع قانون لا يخالف روح الدين هو ايضاً من جملة احكام الدين ، فانه قال «ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن»

ومن اهم آساس الشريعة الاجماع :

الشريعة او الفقه

الفقه هو علم بالمسائل الشرعية العملية او العلم بالاحكام الخمسة من حيث تعلقها بافعال المكلفين

والاحكام الخمسة هي الوجوب والصحة والفساد والكراهة والحرمة

وفي موضع : الاحكام الخمسة هي الوجوب والندب والاباحة والكراهة والتحريم . وفي التعريفات الاقتضاء طلب الفعل مع المنع عن الترك وهو الوجوب . او بدونه وهو الندب . او طلب الترك مع المنع عن الفعل وهو التحريم او بدونه اي بدون المنع وهو الكراهة . والاباحة عدم طلب او تحريم شيء

واما مدار امور الدين فهي خمسة اشياء

اعتقادات وآداب وعبادات ومعاملات وعقوبات

فالفقه المتعلق بالامور العملية يبحث عن المعاملات والعقوبات لتعلقها بامور الدنيا :

لذلك كانت تنقسم ايضاً الى مناكحات ومعاملات وعقوبات

وقد ذكر العلماء ان المناكحات هي من المعاملات لانها مثلها في العقود غير ان المجلة ذكرت المناكحات وحدها فقالت مناكحات ومعاملات وعقوبات وان تكن لم تبحث في المتن عن سوى المعاملات لان ليس في المجلة كتاب للنكاح ولا للعقوبات ، لان الغاية من جمع

احكام المجلة في ذلك الكتاب كان لاستعماله في جميع محاكم الامة وتطبيقه على جميع افراد الرعية على السواء

فكتاب النكاح او ما يقابله عند الامم قانون الزواج او قانون العائلة لا يعمل به في البلاد العثمانية القديمة بصورة واحدة لان لكل طائفة قواعد وقوانين للزواج لا تنطبق على القانون الاسلامي

وكذلك كتاب العقوبات، فالعقوبات او مانسميه اليوم قانون الجزاء لاينطبق على قانون الجزاء العثماني المعمول به اليوم بسوى روحه ومقصده

اما المعاملات فكلها واحدة ، كالبيع والاجارة والرهن والدعوى والحكم فهذه من الاحكام التي تنطبق على المسلم وغيره

فالمجلة اذاً لا تحتوي ما لا يمكن تطبيق احكامه على غير المسلم

الادلة الاربعة[1]

الكتاب :

السنة (والحديث) :

الاجماع :

القياس :

الادلة

ان الشريعة مأخوذة من اربعة مآخذ سميت ادلة وهي الكتاب والسنة والاجماع والقياس

(١) الجزء الثالث من التمدن الاسلامي

وانا سنبحث الان عن هذه الادلة الاربعة فنقول :[1]

ان الكتاب هو القرآن العزيز الذي يتوقف عليه دين المسلم ودنياه وهو على اعتقادهم ذلك الكتاب الذي انزله الله على الرسول العظيم

ان القرآن لم يظهر مرة واحدة وانما ظهر تدريجاً في اثناء عشرين سنة على مقتضى الاحوال من اول ظهور الدعوة الى وفاة النبي بعضه في مكة و بعضه في المدينة ، فكان كلما تلا آية او سورة كتبوها على صحف الكتابة في تلك الازمان وهي الرقاع من الجلود والعريض من العظام كالاكتاف والاضلاع وعلى العسب وهي قحوف جريد النخل واللخاف وهي الحجارة العريضة البيضاء

فتوفي النبي سنة (١١ﻫ) والقرآن اما مدون على امثال هذه الصحف او محفوظ في صدور الرجال وكانوا يسمون (حفظته) القراء :

وكان اكثر الناس عناية بتدوينه على عهد النبي ، علي بن ابي طالب وسعد بن عبيد بن النعمان وابو الدرداء ومعاذ بن جبل وثابت بن زيد وابي كعب :

غزوة اليمامة

ولما ارتد اهل الجزيره عن الاسلام في عهد ابي بكر ارسل اليهم جنداً لمحاربتهم فقتل من جنده كثير وفيهم جماعة كثيرة من الصحابة وخصوصاً في غزوة اليمامة التي قتل فيها من المسلمين القراء ٧٠٠ قارىء

(١) هذا الفصل منقول عن زيدان ج ٣ من التمدن الاسلامي ص٥٨ وما بعدها

فلما بلغ ذلك اهل المدينة فزعوا فزعاً شديداً وخصوصاً عمر بن الخطاب رجل المسلمين فاشار على ابي بكر بجمع القرآن لئلا يذهب منه شيء بموت اهله فتوقف ابو بكر وقال :

كيف افعل امراً لم يفعله رسول الله صلعم ولم يعهد الينا فيه عهداً

فما زال عليه عمر حتى اقنعه بجمعه فاحضر ابو بكر زيداً بن ثابت لانه كان من كتبة الوحي فجمع ما كان مدوناً عند الصحابة وربما وجد السورة الواحدة مكتوبة عند اثنين او ثلاثة او اكثر وقد لا يوجد من السورة الاخرى الا نسخة واحدة كسورة التوبة فانه لم يجد منها الا نسخة واحدة عند ابي خزيمة الانصاري فجمعه من تلك المحفوظات ومن صدور الرجال وسلمه الى ابي بكر وظلت الصحف عنده حتى توفي سنة ١٣ فلما تولى عمر تسلمها وظلت عنده حتى تولى عثمان سنة ٢٣ فانتقلت الى ابنته حفصة من ازواج النبي

مصحف عثمان

في عهد عثمان اتسعت الفتوح وتفرق المسلمون في الامصار كمصر والشام والعراق وفارس وافريقية وفيهم القراء وعند بعضهم نسخ من القرآن وقد رتبها كل منهم ترتيباً خاصاً فعوّل اهل كل مصر على ما قام بينهم من القراء ، فاهل دمشق وحمص مثلاً اخذوا عن المقداد بن الاسود واهل الكوفة اخذوا عن ابن مسعود واهل البصرة عن ابي موسى

الاشعري وكانوا يسمون مصحفه لباب القلوب ، ومع شدة عناية القراء بحفظ القرآن وضبطه لم يخل من الاختلاف في قراءة بعض سوره

حذيفة بن اليمان

واتفق ان حذيفة بن اليمان كان في جملة من حضر غزوة ارمينيا واذربيجان فرأى في اثناء سفره اختلافاً بين المسلمين في قراءة بعض الآيات وسمع بعضهم يقول لبعض « قراءتي خير من قراءتك » فلما رجع الى المدينة انبأ عثمان بذلك وانذره بسوء العقبى ان لم يتدارك الامر الى ان قال له :

« ادرك هذه الامة قبل ان يختلفوا في الكتاب اختلاف اليهود والنصارى » فبعث عثمان الى حفصة ان « ارسلي الينا بالصحف ننسخها في المصاحف ثم نردها اليك » فارسلتها فدعا عثمان زيداً بن ثابت وعبدالله بن الزبير وسعيداً بن العاص وعبد الرحمن بن الحارث بن هشام وامرهم ان ينسخوا القرآن ويستعينوا على القراءة بما حفظه القراء وقال لهم :

اذا اختلفتم انتم وزيد بن ثابت في شيء فاكتبوه بلسان قريش فانما انزل بلسانهم ففعلوا ذلك سنة ٣٠ ثلاثين وكتبوا اربعة مصاحف بعثها عثمان الى الامصار الاربعة ، مكة والبصرة والكوفة والشام ، واثنين ابقاهما في المدينة واحد لاهلها وواحد لنفسه

وهو الذي يسمونه « الامام » ثم امر بجمع كل ما كان قبل ذلك من

المصاحف وامر باحراقه

فاصبح المعوّل في المصاحف على ما كتبه عثمان واشتغل المسلمون في الامصار باستنساخ تلك المصاحف فنسخوا منها شيئاً كثيراً في مدة قليلة

انتهى ما اخذناه عن زيدان

السنة

السنة لغة هي الطريق والمادة واصطلاحاً هي ما صدر عن النبي قولاً وفعلاً وتقريراً

القول هو ما صدر عن النبي من الاقوال وما نسب اليه منها واهمها الحديث الشريف وهذا يدعى (السنة القولية)

والفعل هو ما فعله النبي في حال حياته

والتقرير هو ما سكت عنه النبي كقول قيل في حضرته فلم ينتقده او فعل جرى باطلاعه فلم يمنعه ، فان بسكوته عن النقد والمنع تصديقاً لما جرى وقيل ، ورضاً وهذا يقال له حديث تقريري

ويشترط ان لا يكون القول والفعل المسكوت عنه ممنوعاً بحد ذاتهوان اتخذ السنة دليلاً ومصدراً شرعياً ثابت بقوله في القرآن (ما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا)

الحديث

ان الصحابة هم الذين رافقوا النبي وسمعوا احاديثه وحفظوها وكانت هذه الاحاديث الموثوق بها مرجعاً للمسلمين في تفهم معاني الكتاب حتى انهم اذا اشكل عليهم فهم آية واختلفوا في التفسير عادوا الى الحديث فايدوا به حجتهم واوضحوا ما اشكل عليهم

ولما فرقت الفتوح الصحابة في الارض وقد نشبت ايضاً الفتنة بعد مقتل عثمان ظهرت احاديث مختلفة ادعاها كل فريق لكي يؤيد بها رأيه في الخلافة فحصلت نتيجة طبيعية وهي ان بعض ما نقل من الاحاديث لم يكن واقعياً فقبل الصحيح منها وهو ما دعوه بالاحاديث الصحيحة

حتى ان البخاري وهو من اعلم علماء الحديث واصدق رواته سمى كتابه بعنوان (صحيح البخاري)

حتى ان الوفاً من الاحاديث قد اعترض على صحة تسلسلها عن النبي

الاجماع

الاجماع لغة هو العزم والاتفاق وهو شرعاً اجماع علماء عصر ومجتهديه على حكم شرعي

ويشترط لصحته ان يكون العلماء المجتهدون المشار اليهم مسلمين وركن الاجماع، اتفاق المجتهدين وهذا الاتفاق يحصل على وجهين

اولهما اجماع قولي او عملي وثانيهما اجماع اذن او سكوت

الاجماع القولي او العملي يعني اجماع المجتهدين واتفاقهم على قول او عمل

الاجماع الاذني والسكوتي . يعني انه اذا قام مجتهد وابدى رأياً في قضية بحضور الآخرين فسكتوا عنه في المجلس ومر ثلاثة ايام ولم يعترضوا يعتبر ذلك منهم قبولاً في الرأي المذكور

كذلك سكوتهم عن عمل يأتيه

ولا يشترط ان يقع العمل او يقال القول بحضور المجتهدين بل يشترط علمهم به واطلاعهم عليه والمجلس هو مجلس العلم والاطلاع

فاذا ابلغ ائمة مدينة بيروت مثلاً عملٌ او قولٌ شرعي صدر عن مجتهدي طرابلس او بلغهم من احدهم في مجلس تبلغهم ذلك فاما ان يسكتوا واما ان يبدوا رأياً ضمن ثلاثة ايام

و يشترط في الاجماع ان يكون المجتهدون من ابناء عصر واحد فيقال مجتهدو العصر الثاني او الثالث اجمعوا على كذا

و يشترط ان لا يخالفهم مخالف منهم حتى ولا واحد

على ان مخالفة بعضهم لا تلغي قوة الحجة الشرعية بل يعتبر اتفاق الاكثرية ترجيحاً شرعياً للحكم المذكور

وحكم الاجماع اي نتيجة الاجماع افادة اليقين

ان اعتبار الاجماع حجة شرعية هو امر وارد في الكتاب القائل:
(كنتم خير امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر)

وقد وردت احاديث تؤيد ذلك

كما ان العقل يأمر به ، اجل ان لمن العقل اتباع اراء جميع علماء عصر بقضية شرعية لم تخالف الادلة الاخرى

وقد يكون الاجماع مسنداً الى دليل قاطع فيكون حجة مؤكدة لان الشريعة باستنادها الى اجماع علماء العصر لم تؤيد امراً شرعياً صالحاً عادلاً فحسبُ ، بل اعطت الامة والامم درساً مفيداً دعتهم به الى اعتبار العلم ورجاله وتكريم آرائهم المتفق عليها واظهار ان للرأي العام في الحكم مقاماً واجب الاحترام

القياس

لما انتشرت علوم القرآن في العراق وفارس نبغ من ابنائهما فقهاء ومفتون ولكنهم ما زالوا عيالا على علماء المدينة لانهم اوثق الناس بحفظ الحديث وقراءة القرآن وكان الحديث قليلاً في العراق

وكان الفرس اكثر المسلمين غير العرب وهم اهل تمدن وعلم فعمدوا الى استخدام القياس العقلي في استخراج احكام الفقه من القرآن والحديث

فخالفوا بذلك اهل المدينة لانهم كانوا شديدي التمسك بالتقليد فحصل بذلك قسمان من العلماء قسم يقول بالقياس وهم آنشذ العراقيون وفي مقدمتهم الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان

وقسم يقول بالحديث اي يبني احكامه على الكتاب والحديث

والاجماع وهم اهل المدينة وزعيمهم مالك وانصاره من اهل الحجاز

وخلاصة رأي القسم الاول هي العناية بتحصيل وجه القياس والمعنى المستنبط من الاحكام و بناء الحوادث عليها وهم يقدمون القياس الجلي على آحاد الاخبار

وخلاصة رأي القسم الثاني بذل العناية في تحصل الاحاديث ونقل الاخبار وبناء الاحكام على النصوص ولا يرجعون الى القياس الجلي والخفي ما وجدوا خبراً او اثراً . و يدلك على شدة تمسكهم بذلك قول الشافعي « اذا وجدتم لي مذهباً ووجدتم خبراً على خلاف مذهبي فاعلموا ان مذهبي ذلك الخبر »

واما القياس فهو بمعنى التقدير لقولك « يمكن قياس هذا على ذاك » و بالاصطلاح الشرعي هو استنباط الاحكام الشرعية غير المنصوص عليها من الاصول الثلاثة اي من الكتاب والسنة والاجماع بشرط جامع العلة ، او حمل معلوم على معلوم اي الحاقه في حكمه لمساواة الاول الثاني في علة حكمه بان توجد بتمامها في الاول عند الحامل اي المجتهد

سنرى في المستقبل انه لا يجوز الاجتهاد في مورد النص

والنصوص هي ما ورد في الادلة الثلاثة (الكتاب والسنة والاجماع)

اعلم ان الكتاب والسنة والاجماع هي ادلة مستقلة يعبر عنها بالاصول المطلقة ، على انه اذ كان يبنى على القياس حكم والقصد هو صحة بناء الاحكام ، عدت الاصول اربعة

غير ان القياس لا يحسب اصلاً مستقلاً لبناء الاحكام بل باعتبار كونه مستنبطاً من الاصول الثلاثة فهو فرع لها

ان القياس لايثبت حكماً جديداً بل يظهر حكماً مسنداً بالاستنباط الى دليل من الاصول الثلاثة

ان الاصول المطلقة يكفي كل منها لاثبات حكم شرعي اصلي ويفيد القطعية

والقياسات عديدة ، فمنها القياس الفقهي وهو موضوع بحثنا الان . والقياس المنطقي وهو دليل مركب من قضايا حتى متى سلم الرجل بتلك القضايا تخرج قضية اخرى

ان القياس المنطقي مستعمل في المعقولات واصول الديانات

واما القياس الفقهي فهو مستعمل في احكام الحوادث كما ان القياس المنطقي هو من الامور المعقولة

اما القياس الفقهي فهو حكم شرعي ثابت من الاصول الثلاثة او بالاستحسان الذي نسميه قياساً خفياً

شروط صحة القياس

اولاً : ان لا يكون الحكم المقيس عليه ملغي بنص آخر واجماع

ثانياً : ان لا يكون الحكم المقيس عليه خارجاً او مائلاً عن الطرق المسلوكة بسبب عدم ادراك العقل للحكمة في وصفه كالمقدرات الشرعية

مثال الاول : ان النص ورد على قبول شهادة احد الصحابة وحده

وهو خزيمة فقيل « من شهد عليه خزيمة فحسبه » وبذلك امر باستماع شهادة واحد والحكم بها

مع ان النص المعمول به «فاستشهدوا شهيدين »

فعليه لا يصح القياس على خزيمة بقول شاهد واحد

ولذلك جاء الشروع يقول ان نصاب البينة رجلان او رجل وامرأتان، وتفسير الثاني ان المقدرات الشرعية هي تلك الحدود والعقوبات التي نص عليها الشرع دون ان تكون علتهـا والقصد منها. نحن ادرا كنا فهذه لا يجوز القياس عليها ومن ذلك العاقلة التي عليها لدين دون ان ترتكب او تشترك بالجناية

اركان القياس اربعة : اصل وفرع وحكم الاصل والعلة

فالاصل هو المقيس عليه والفرع هو المقيس وحكم الاصل هو ما افاده القياس على نص او اجماع او استحسان ، والعلة هي وصف جامع

حكم القياس : تعدي الوجه الشرعي من المقيس عليه الى المقيس فيثبت بالقياس تعدي حكم شرعي ثابت بالاصول الثلاثة او باحدهـا الى حكم شرعي نظيره لم يكن ثابتاً

ان كون القياس هو حجة في اثبات الاحكام امر منصوص عليه في الكتاب ، وورد في السنة وايده الاجماع

فقد قال الكتاب (فاعتـبروا يا اولي الابصار) يعني ان اولي الابصار متى رأوا حكماً حق عليهم ان يعتبروا به عند وقوع غيره

وقد جاء في السنة الحديث الشريف القائل : الحمد لله الذي وفق رسول رسوله بما يرضي به رسول الله . هذا الحديث كان جواباً من الرسول لمعاذ ، فان معاذاً كان من اصحاب الرسول فارسله الى اليمن ولما عاد سأله بماذا تقضي بين عباد الله فقال : اولاً بالكتاب وان لم اجد فيه نصاً فبسنة رسول الله واذا لم اجد فيها حكماً فاعمل برأيي وشهادة قلبي

فلم يمنعه الرسول من العمل بذلك بل حمد الله على توفيقه الى ذلك فقال « الحمد لله الذي وفق رسول رسوله بما يرضي به رسول الله »

واما ثبوت القياس بالاجماع فان الاصحاب الكرام لم يردوا ولا انكروا على عمرو بن مسعود قياساته في الحكم

الاستحسان

توجد بعض مسائل شرعية كان يجب عدم جوازها ولكن قد جازت استحساناً مثلاً بيع المعدوم باطل . تلك قاعدة كلية لانه يشترط في المبيع ان يكون موجوداً ومقدور التسليم لذلك لا يجوز شرعاً بيع المعدوم ، على انه قد استحسن خلافاً للقياس بيع السلم والاجارة التي هي عبارة عن بيع المنافع فبيع السلم يجري على مبيع معلوم وقت العقد والاجارة تجري على تمليك المنافع التي لا تستحق الا مع الزمان المستقبل . ومع ذلك فقد ورد الحديث باجازة بيع السلم والاجارة كما ان الاستصناع وارد ابتداء على معدوم فكان يجب ان لا يجوز ، ومع كونه لم يعثر في الكتاب والحديث على اثر يجيزه فقد أجمع الايمة على جوازه فجاز بالاجماع

كذلك اذا جاع رجل فأكل خبز الآخر فان الشرع لا يجيز لاحد أكل مال الناس . وانما في هذه الحالة لا يترتب عليه حكم شرعي لان الاضطرار لتأمين حق الحياة الذي هو مقدم على حق الاموال استلزم عدم سوءله يعني عدم مجازاته وعقوبته الا انه نظراً الى كون الاضطرار لا يبطل حق الآخر فانه ملزم بدفع قيمة الخبز الذي اكله

تلك منابع هذه الشريعة ومصادرها

كتاب منزل من معجزات الكتب يقدسه ويعظمه ما ينيف عن ثلاثمائة مليون من البشر منتشرين في اقطار المعمور

وسنة نبي من اكبر رجال التاريخ واعاظمهم

واجماع امة نشرت العلم في كل الاصقاع وقياس علماء لهم في العلوم العقلية المنقولة القدح المعلى واستحسان امة قيل فيها : مارآه المومنون حسناً فهو عند الله حسن هذه هي الشريعة التي سندرسها ناهلين من وردها ومستضيئين بنورها

﴿ اصحاب المذاهب الاربعة ﴾

علمت فيما سبق ان الامام مالك كان زعيماً لاصحاب الحديث وهم علماء المدينة والامام مالك هذا عاصر الخليفة المنصور العباسي وافتى بخلع المنصور فخلعه اهل المدينة وبايعوا محمد بن عبدالله من آل علي وعظم أمر محمد فحاربه المنصور ولم يتغلب عليه الا بعد عناء شديد فرجع اهل المدينة الى بيعة المنصور قهراً وظل مالك مع ذلك ينكر حق

البيعة لبني العباس فعلم امير المدينة يومئذ وهو جعفر بن سليمان عم المنصور بذلك فغضب ودعا بمالك وجرده من ثيابه وضربه بالسياط وخلع كتفه

وقد دعي اصحاب هذا الرجل ومذهبه بالمالكيين ومرجعهم في مذهبهم الكتاب والسنة والاجماع

وجاء بعد مالك من اصحاب مذهبه محمد بن ادريس المطلبي الشافعي فرحل الى العراق وخالط اصحاب ابي حنيفة واخذ عنهم ومزج طريقة اهل الحجاز بطريقة اهل العراق واختص بمذهب جديد خالف فيه مالكاً في كثير من مذهبه ثم جاء بعده احمد بن حنبل وكان محدثاً من علية المحدثين وقرأ اصحابه على اصحاب الامام ابي حنيفة مع وفور بضاعتهم من الحديث فاختصوا بمذهب آخر

اما الامام ابو حنيفة النعمان فهو الملقب بالامام الاعظم وسندرس الشريعة على مذهبه وهو المعمول به في المحاكم في هذه البلاد

فالامام المشار اليه كان معاصراً للمنصور ايضاً وقد كان في الكوفة فاستقدمه المنصور الى بغداد واكرمه وعزز مذهبه

والامام كما علمت هو زعيم القائلين بالقياس وقد عرض عليه الخليفة ان يتولى القضاء فامتنع حتى حبس ولم يفعل خيفة ان يأتي بظلم او حيف على احد وسنفرد لترجمة هؤلاء الرجال مقالا

اما في زماننا هذا فقد نقص وقل عدد الحنابلة وبقي المالكيون على

انهم اقل عدداً من الحنفيين والشافعيين

واما محاكم هذه البلاد فهي تعمل بقول ومذهب الامام الاعظم ابي حنيفة

﴿ ذيل ﴾

ولد ابو حنيفة في الكوفة سنة ٨٠ ﻫ ٠ وتوفي في بغداد سنة ١٥٠

ولد الامام مالك بن انس في المدينة سنة ٩٠ ﻫ ٠ ومات فيها سنة ١٧٩

الامام الشافعي كأنه ولد ليخلف الامام الاعظم فقد ولد في سنة ١٥٠ التي توفي فيها الامام حتى روي انه ولد يوم وفاته في مدينة (غزة) من اعمال فلسطين وتوفي في اول سنة ٢٠٤ ومصر على مذهب الامام الشافعي

الامام احمد بن حنبل ولد في (مرو) سنة ١٦٤ ٠ واذ كان طفلاً نقلته امه الى بغداد وقيل انها جاءت بغداد وهي حامل به فولدته فيها وقد توفي في بغداد سنة ٢٤١

﴿ طبقات الفقهاء ﴾

الطبقة الاولى

ان رجال الطبقة الاولى من الفقهاء الحائزين على صفة (مجتهد في الشرع) هم اولئك الائمة الذين وضعوا اصول القواعد وهم الائمة الاربعة لما صدر امر امير المؤمنين عمر بن الخطاب بتعيين عبدالله بن مسعود من مشاهير الفقهاء والنجباء قاضياً للكوفة ذهب واخذ في تطبيق وتنفيذ

احكام الشرع مستنبطاً فروع الفقه من الكتاب والسنة وكان يؤيده بذلك علقمة

وكان ابراهيم النخعي يجمع ويرتب فروع وفرائد الفقه المشتتة وكان حماد ينقح الفروع والفوائد المذكورة ويبذل بذلك علماً وجهداً وقد اخذ الفقه من حماد الامام ابو حنيفة فوضع اصول الفقه وفرع الفروع عن الاصول واوضح طريق التفريع

الطبقة الثانية

ويأتي في الطبقة الثانية تلامذة ابي حنيفة الذين بذلوا الهمة والجهد في تكثير التفريعات والمسائل

فمن هؤلاء — الامام ابو يوسف الذي بقي مدة طويلة قاضياً في بغداد وهو قاضي قضاتها ولذلك يرجح رأيه في الامور العملية والتطبيقات القضائية ويعمل به ويستند اليه

واما الامام محمد فقد اخذ العلم عن ابي حنيفة واكمل درسه على ابي يوسف وجمع ورتب ما اخذه ودرسه عليهما

فيقال للامام الاعظم ولابي يوسف (شيخين) والامام الاعظم ولمحمد (طرفين) وللامام ابي يوسف ولمحمد (امامين)

واما الامامان (ابو يوسف ومحمد) فانهما وان كانا خالفا استاذهما ابا حنيفة في كثير من الآراء الا انهما اتبعاه في الاصول لذلك سميا (مجتهدين في المذهب)

الطبقة الثالثة

ومن الفقهاء العظام قوم اتبعوا الامام الاعظم في المذهب والاصول والفروع الا انهم عند حصول وقوعات لم يعثروا فيها على نص فيما كتب وروي عن ابي حنيفة — كانوا يتبعونه في طريقة استنباط الاحكام اللازمة لتلك الوقوعات فيحلون بذلك المسائل المعروضة عليهم فسموا (مجتهدين بالمسئلة) و بذلك فتكون طبقات المجتهدين قد بلغت الثلاث

واما الفقهاء الذين لم يبلغوا درجة الاجتهاد فهم اصحاب التخريج واصحاب الترجيح واصحاب التميز والتابعون

الطبقة الرابعة

فاصحاب التخريج هم اولئك الذين يتبعون الامام باصوله ومذهبه وفروعه وانما اذا عرض قول يحتمل وجهين ورد عن الامام اوعن احد اصحابه فاصحاب التخريج ينظرون في تطبيق المسائل المجهلة — الى الاصول الموضوعة و يقيسون الفروع على نظائرها و يفصلون بالامر و يفسرونه

الطبقة الخامسة

واصحاب الترجيح هم من اذا عرضت مسئلة لها روايات مختلفة عن صاحب المذهب رجحوا بعض تلك الروايات على بعض

الطبقة السادسة

واصحاب التميز هم من يميزون ويفرقون بين اقوال الفقهاء فيفرقون الاقوى والقوي عن الضعيف وظاهر المذهب عن الروايات

النادرة فلم ينقلوا في كتبهم ومؤلفاتهم الاقوال الضعيفة والمردودة

الطبقة السابعة

التابعون وهم الطبقة السابعة من الفقهاء

هؤلاء لا قدرة لهم على الاجتهاد ولا التخريج ولا الترجيح ولا التمييز بل هم الذين يتبعون الراجح والمميز من الآراء

﴿ ذيل ﴾

طبقات الفقهاء سبع ، مجتهد في الشرع ، مجتهد في المذهب ، مجتهد في المسئلة ، اصحاب تخريج ، اصحاب ترجيح ، اصحاب تمييز ، تابعون

﴿ طبقات المسائل ﴾

ان المسائل الفقهية ثلاث طبقات

الطبقه الاولى ، مسائل الاصول . الطبقة الثانية ، مسائل النوادر . الطبقة الثالثة ، مسائل الواقعات والنوازل

مسائل الاصول — هي المسائل الواردة في ظاهر الرواية والمروية بالتواتر عن الامام الاعظم وابي يوسف ومحمد

ان الامام محمد وضع ستة كتب هي المبسوط والزيادات والجامع الصغير والجامع الكبير والسير الصغير والسير الكبير وهذه الكتب تسمى بكتب ظاهر الرواية نظراً الى ان الامام محمد جمع فيها الروايات الموثوق بها والمشهورة

مسائل النوادر — هي تلك النوادر التي ترد في الكتب الستة المذكورة ولم تحز من الثقة والتواتر ما حازته تلك فتسمى كلها (كتب غير ظاهر الرواية)

الكيسانيات

ومن هذه الكتب كتاب الاحاجي للامام ابي يوسف وكتب الكيسانيات والهاروتيات والجرجانيات والرقيات التي وضعها الامام محمد ايضاً

مسائل الواقعات والنوازل — هي تلك التي لم ترد عن اصحاب المذهب بل تضمنت رأي الفقهاء المجتهدين في المسئلة لحل الوقوعات والنوازل

ان بعض متأخري الفقهاء قد الفوا كتباً وجمعوا فيها الطبقات الثلاثة مختلطة وبعضهم جمعوا في كتاب واحد بين الطبقات الثلاثة المذكورة انما جعلوا لكل طبقة فصلا على حدةفكتبوا اولاً مسائل الاصول وبعدهامسائل النوادرو بعدذلك مسائل الواقعات والنوازل حتى ان المجلة باعتبار انها حاوية لطبقات المسائل الثلاث فهي من النوع الاول من الكتب الاخيرة اي انها لم تكن مفصلة ومبوبة على نمط درجات المسائل ،بل جمعت الاقول والاراء المعمول بهاعلى ان اكثرها من ظاهر الرواية وفصلت الى كتب وفصول المواضيع عملية مختلفة

الادلة المتفرعة

قد تفرع عن الادلة الاصلية الاربعة بعض ادلة دعوها ادلة متفرعة واهم هذه الادلة خمسة

هي الاستصحاب : وتحكيم الحال ، وفقدان الدليل ، والتقليد ، وشهادة القلب . وهذه الاخيرة ما يسميه المتأخرون من العلماء المحدثين دلالة العقل السليم

الاستصحاب

هو بقاء ما كان على ما كان يعني انه اذا ثبت وجود حكم شيء في الماضي ولم يحدث سبب موجب لتغييره فيحكم بانه باقٍ في الحال . وهذا ما نسميه استصحاب الحال يعني ان الحكم الثابت في زمان يبقى ثابتاً حكماً ما لم يثبت تغيره

مثلاً انه لا يجوز العمل بالمسائل الشرعية الثابت استعمالها في زمان ماضٍ والتي لم تفسخ ولم تلغ وان مضى زمن على عدم استعمالها لان عدم الاستعمال مدة لا يبطل حكماً ثابتاً

تحكيم الحال

هو جعل الحال الحاضر حكماً وهو من نوع الاستصحاب ايضاً وهو لا يستعمل حجة للاثبات بل للدفع . يعني انه يكون لدفع حكم منفي فمنه اضافة الحادث الى أقرب اوقاته . ومنه لو اختلف الرجل والمرأة في ثوب لمن هو فان كان مما يصلح لرجل وحده، حكم الحال لذلك الرجل الى ان

يثبت شرعاً حكم آخر ينفي هذا الحكم وذلك باثبات كونه للمرأة بشراء او هبة مثلاً

تحكيم الحال في مسئلة اختلاف الرجل والمرأة لم يكن لاثبات الدعوى بل لنفيها يعني ان يدعي احدهما ملكية ذلك الثوب وينكر عليه الآخر مدعاه فيحكم الحال بنفي الادعاء وليس لاثباته

فقدان الدليل

هو الحكم نفياً اي سلباً لعدم وجود دليل شرعي اي موجب كأن يدعي زيد ديناً في ذمة خالد ولا يثبت ذلك بدليل شرعي فيحكم لفقدان الدليل بنفي اشتغال الذمة بالدين

والقصد هنا انه اذا لم يكن دليل شرعي من الاصول الاربعة والاستحسان فيحكم برد الرأي والمسئلة

التقليد

هو تقليد المجتهدين باتباعهم في الامور الشرعية التي نعتقد اصابتهم وصفاء نيتهم فيها دون ان يكون لنا دليل شرعي

شهادة القلب

هو تقدير وجداني للامور التي وان فقد الدليل الخارجي عليها الا ان القلب يطمئن اليها والوجدان يعتقد صحتها كرأي اهل الخبرة والاطباء في الامور الخاصة بهم فان الحاكم يطمئن قلبه اليها و يبني عليها احكامه ان الاحكام تبنى على دليل واحد وتبني على ادلة متعددة . فبعضها يبنيها القاضي

على واحدة و يكتفي · و بعضها زيادة للايضاح ،وتأكيداً لانه حكم بالحق ، — يبينها على ادلة متعددة · وانقصد احقاق الحق شرعاً

﴿ الحكم ﴾

الحكم اثر ثابت من خطاب الشارع متعلق بحقوق العباد وهو نوعان تكليفي ووضعي

والحكم التكليفي هو اثر ثابت لخطاب الشارع متعلق بفصل العباد من الاقتضاء والتخيير · ان الشارع وضع الانسان بين امرين هما الاقتضاء والتخيير

اما الاقتضاء فهو ما ورد به الامر او النهي عنه فقد نهانا الشارع عن ارتكاب امور وامرنا باجراء امور · فاذا خالفناه في امر اوفيما نهى نكون خالفنا الشارع

فهذا هو الاصل الذي خرج عنه الفرض والوجوب والندب والكراهة والحرمة

اما التخيير فهو الخيار للمكلف ان يعمل او ان لا يعمل ذلك الشيء كالمباحات مثلاً فقد يبيح الشارع للمرء عملاً فهو حر ومخير في ان يعمله اولا يعمله

وتظهر آثار الاحكام التكليفية من العمل فاما ان تكون صفة لازمة له او اثراً صادراً عنه

فالحرمة اي الحرام في الغصب والسرقة صفة لفعل المكلف

والتملك في الشراء اثر لعمله

واثر العمل اما ان يكون ملكية اي تملك المكلف للشيء بسبب عمله، او متعلقاً بالملكية فالاول كتملك البائع والشاري في عملها البيع والشراء . فالبائع يملك الثمن والمشتري يملك المبيع . والثاني اي المتعلق بالملكية كتملك المنفعة في عمل عقد الاجارة فان المؤجر يملك الاجرة والمستأجر يملك المنفعة من المأجور وهي السكنى في البيوت وركوب الوسائط الناقلة الى آخر ما هنالك من منافع تحدث عن الاجارة ويكون التكليفي متعلقاً بالذمة لجعل الكفيل مطالباً بالدين والمحال عليه ملزماً المحال به

واما صفة العمل فهي تتعلق بالمقاصد الدنيوية وبالمقاصد الدينية الاخروية

كتفريغ الذمة من الدين فهو اثر لعمل واجب ديناً ودنيا على انه من جهة الامور الدنيوية يجب ان تطبق المسائل الشرعية في انشاء العقود ومراعاة شروطها الشرعية

في الصحة والفساد والبطلان

الصحة هي ان يكون الفعل موصلاً للمقاصد الدنيوية كما ينبغي فلم يتسرب اليه خلل في الركن ولا في الوصف كبيع الرجل العاقل البالغ ما له بايجاب وقبول من رجل مثله وان يكون الثمن والمبيع من الاموال الشرعية

والفساد هو — مع وجود الصحة في الركن — وجود خلل في الوصف

الخارجي يمنع من الوصول الى المقصد الدنيوي

كبيع المجهول فلو قال بعتك جميع اشيائي بالف كان فاسداً لجهل الاشياء . وكذا لو كان الثمن مجهولا

والبطلان هو وجود خلل في الركن يبطل العقد كبيع زيد من عمر سمكاً في البحر غير مقدور التسليم

﴿لذلك﴾

كانت العقود من جهة صحة الفعل تقسم الى صحيح وفاسد وباطل

ومن جهة انعقاد العقد الى غير منعقد ومنعقد

ومن جهة نفاذ العقد الى نافذ وغير نافذ

ومن جهة لزوم العقد الى لازم وغير لازم

راجع المواد ١٠٣و١٠٢و١٠٦و١٠٧و١٠٨و١٠٩و١١٠و١١٤و١١٥

﴿الحكم الوضعي﴾

هو ما حصل على طريق الوضع من أثر خطاب الشارع المتعلق باعمال المكلف كالشرط والركن والسبب والعلة والعلامة في عقد من العقود

الركن هو جزء من الحكم التكليفي . العلة تؤثر في الحكم التكليفي ولكنها خارجة عنه . السبب لا يؤثر في الحكم التكليفي وانما يوصل اليه . الشرط لا يوصل الى الحكم التكليفي وانما يتوقف عليه وجود الحكم المذكور

العلامة لا يتوقف الحكم عليها ولكن هي تدل على وجوده

٭ الحاكم ٭

ان الحاكم في الشريعة على المكلف هو الشارع فالشارع بوضعه الشريعة حكم بما فيها واوجبه على المكلف

المحكوم به

هو ما تعلق به خطاب الشارع من الحقوق الاربعة

اولاً حقوق الله الخالصة

وهذه لاتختص برجل دون آخر بل تتعلق بالخلق على العموم وهي العبادات والصدقات والزكاة وما شابه ذلك

ثانياً حقوق العباد الخالصة هي تلك التي تنحصر منفعتها في بعض الناس كالعقود التي تحصل من الناس من بيع واجارة ورهن وغيرها. ان هذا النوع من الحقوق هو المقصود من درسنا وهو لا ينحصر في امة دون اخرى ولا في طائفة او في مذهب بل كل الخلق فيه سواء . فالمساواة في الحقوق الشخصية من مقتضيات احكام الشريعة

ثالثاً الحقوق التي تجتمع فيها حقوق الله وحقوق العباد، غير ان حق الله يرجح فيها . ويغلب، كجزاء القذف عند موت المقذوف عنه فانه يجزى القاذف كما لو كان المقذوف حياً لان ذلك حق الله . وهذا يشابه ما يسمونه في عصرنا الحقوق العامة فان اسقاط الحق الشخصي

لا يسقط الحق العام كما ان وفاة المدعي الشخصي لا تسقط الحق العام

رابعاً الحقوق التي تجتمع فيها حقوق العباد وحقوق الله ، غير ان حقوق العباد ترجح وتغلب كالقصاص الشرعي فانه اذا وجد القصاص شرعاً وعفا احد ورثة القتيل سقط القصاص مع تعلق حق الله في ذلك

﴿ ملحوظة في القصاص ﴾

لقد اوردنا الان قضية القصاص مثلاً على انه ينبغي لنا ان نقول ان الشريعة الاسلامية تحكم باعدام القاتل المتعمد كما تحكم بقية الشرائع ، الا انها تعتبر ان للورثة حقا بترك هذا القصاص واسقاطه فمتى صدر الحكم بالقصاص وعفت الورثة كلاً او بعضاً نجا من القصاص وهو القتل في الدنيا وذلك استبقاء للحي وتفضيلاً له على الميت

واني اذكر ان محكمة طرابلس كانت حكمت باعدام حياة قاتل شاب وصدق الحكم في مراجعه وصدرت ارادة السلطان بتنفيذه واجتمع الخلق ساعة انفاذ الحكم وعلقت المشنقة في ساحة التل وكان القتيل وحيداً لامه والقاتل وحيداً ايضاً واذا بصوت والد القتيل يقول عفوت عنه ردوه لامه

فصفق الشعب له وارسل المجرم الى السجن ليقضي مدة السجن الشاق التي تحول اليها الحكم احتفاظاً بالحق العام

المحكوم عليه

وقد بحثنا عن الحكم والحاكم والمحكوم به وبقي علينا ان نتكلم عن المحكوم عليه . هو الانسان الذي لاجله ولاجل سعادته وراحته وضعت الاحكام والشرائع

ان الحكومة والشرائع انما هي نتيجة طبيعية لوجود الانسان والانسان انما هو محب الاجتماع بطبيعته والاجتماع موجب للنظام . فان الفرد منا مكلف اتباع انظمة الحياة ما كانت . لان اجماع الناس على اسلوب او زي او لسان يجعل الفرد المضطر ان يعيش في تلك البيئة ملزماً باتباع تلك العادات الغالبة

فالانسان مكلف بحكم الاجتماع ان يراعي الشرائع السائدة بين الشعب الذي هو منهم وخروجه على الشريعة يعد جرماً يستحق العقاب فمن خرج ادبياً عوقب ادبياً وان خرج على النظام عاقبه النظام

الناس في طريقهم الى السعادة المنشودة ينتقلون من حال الى حال انتقالاً تدريجياً فانك ترى اقدم الشرائع لم يزل منها قسم معمولاً به . ان الانتقال التدريجي هو اصلاح المدنية او الشرع ولكن الاركان الطبيعية لا يلزم ان يلحقها الاصلاح لانها ركن قوي صحيح على ان ذلك لا ينفي لزوم المحافظة على مظهرها الخارجي . فقد يليق بنا ان نكسو ذلك الركن من الخارج بالوان غير الوانه السابقة

ان اساس المدنيات كلها واساس الشرائع جميعها انما هو الامر

بالمعروف والنهي عن المنكر، هو احقاق الحق واجراء العدل على ان ما نراه نحن حقاً وعدلاً او معروفاً او منكراً، قد لا يراه الآخرون كذلك فالاتفاق على اساس موجود والاختلاف على الفروع مقبول

ان الانسان المبحوث عنه في الشرائع ليس ذلك الجسد الترابي فحسب، بل ذلك الانسان الروحي الذي نعرفه بعقله المدرك والمميز. فالتكليف الشرعي يجب ان يكون بحسب ادراك الناس . واذ كان للناس عقول تظهر مختلفة فالشرائع تعتبر الجميع مسوءولين عن اعمالهم التي حصلت من عقولهم ومن اجسادهم المدارة بقوة الارادة والعقل

والارادة هي ما يتحرّاه القاضي عند الحكم على المكلف

واذا كان الفهم يختلف باختلاف السن قبلت الشرائع مبدأ العفو عن الصغار . وقد قسمتهم بحسب اعمارهم فقالت صبي ومراهق وبالغ، وراشد، واعتبرت الصبوة والطفولة حتى الاثنتي عشرة من عمر الذكر، والتسع من عمر الفتاة، والمراهقة من ذلك العمر حتى الخامسة عشرة فيهما كليهما، والبلوغ من بعد ذلك

هذا في امور الحقوق المدنية اما في العقوبات فقد رأى صاحب القانون الجزائي ان يخفف من الجزاء بالنسبة الى العمر على درجات مختلفة . وعفا من دون الثالثة عشرة من كل تبعة جزائية

على ان امراضاً وطوارىء قد تحدث لواحد قبل البلوغ او بعد

فتضعف عقله فيحصل له حق الاستفادة من تلك العوارض رحمة به وعطفاً عليه ، واقامة للعدل على الارادة

فالجنون والسفه يمنعان الانسان من التصرفات المشروعة. وهذه العوارض نوعان . اولها عوارض سماوية وثانيها عوارض مكتسبة: فما دعوناه عوارض سماوية هو ما يحصل للانسان دون ان يكون له في حصوله يد، او على رده قدرة، كالصغر والجنون والعته والنسيان والنوم والاغماء والحيض والنعاس والمرض والموت

والعوارض المكتسبة هي ما كان للانسان مدخل به، او ما كان في قدرته ازالته فلم يزلها كالجهل والسكر والهزل والسفه والسفر والخطأ والاكراه

فكل حال من هذه الاحوال له حكم شرعي سنوضحه في محله

وكما ان الانسان ناطق بالملكة فهو ايضاً عاقل بالملكة ومتى كان الانسان عاقلاً كان بحكم ذلك اهلاً للتكليف

غير ان اهليته تقسم الى قسمين اهلية وجوب واهلية اداء فاهلية الوجوب هي صلاحية الانسان ذاته لثبوت وتحقق الامور المشروعة التي له والتي عليه

واهلية الاداء هي الصلاحية اللازمة لاعتبار فعل الانسان فعلاً شرعياً

فاهلية الجنين والصغير وامثالها هي اهلية وجوب لانهما في ذاتهما

عاقلان بالقوة وغير عاقلين بالواقع . ومن نتائج ذلك انهما اهلان للتملك لما يحصل لهما من ارث او وصية ولا تعتبر تصرفات الصبي والمجنون اللازم لها ادراك وعقل كالبيع والشراء وسائر التصرفات القولية وتجري عليهما احكام التصرفات الفعلية فيحصل من مالهما قيمة ما يتلفان

كما لو اشترى المجنون حيواناً فشراؤه غير صحيح ولكنه اذا قتل واتلف حيواناً لزمته قيمته من ماله

اما اهلية الاداء فهي قسمان اهلية قاصرة واهلية كاملة

لقد اسلفنا القول : ان الصبي والمجنون وامثالهما لا تعتبر اهليتهما كاملة لما حصل لما هو حاصل من ضعف الادراك والعقل ، وقلنا ان تصرفاتهما القولية لا تصح فلذلك كانت اهليتهما قاصرة ولذلك دعوا قاصرين فيقال القاصر فلان والقاصرة فلانة واموال القاصرين ووصي القاصر والقصّر الخ .

واما الاهلية الكاملة فهي اهلية العاقل الراشد وشرط الاهلية المذكورة الادراك والاقتدار على العمل

التصرفات

اعلم ان ما يعمله الانسان يسمى عملاً او تصرفاً . وكل تصرف اما ان يحصل بفعل او بقول لذلك قسموا التصرفات الى فعلية كالضرب والسرقة والغصب والاخذ وما شابه ذلك

وقولية كعقد البيع والاجارة والدين والرهن وغيرها من العقود

فالتصرفات الفعلية توجب الضمان في كل حال من احوال الاهلية فكل انسان اهل لتحمل تبعة عمله المادية

والتصرفات القولية فلانها تصدر عن الادراك والعقل، فهي لا توجب حكماً الا اذا صدرت من اهلها اي من المدرك العاقل وهو الاهل في اهلية الاداء الكاملة

ولذلك سيرى في انشاء العقود انهم يقولون صدر هذا العقد من اهله لذلك مثلنا فيما سبق للمجنون بعقد البيع انه لا يصح وقلنا انه يضمن ما اتلفه

وهذه القاعدة مقبولة في القوانين الجزائية فانهم يعتبرون القاصر والمجنون وامثالهما غير مسؤولين جزائياً لنقصان الادراك ويكلفونهما بدل المتلف ودية القتيل

فلو اطلق صبي او مجنون الرصاص على رجل فارداه فلا يحبس ولكن تلزمه الدية من ماله

في المؤلفات الفقهية

قام في كل عصر من عصور الاسلام علماء افاضل ومجتهدون كرا[م] وفقهاء محترمون، تولوا دراسة هذا الفن الجليل والتأليف فيه كاصحاب

الملتقى ومجمع الابحر والبحر، والاشباه والنظائر، والدر المختار وردالمحتار والدرر والغرر وحاشية ابن عابدين وترجيح البينات وغيرها من نفائس الكتب وامهاتها غير انه لم تقم الحكومات بصفة رسمية بوضع كتب للفتوى والشرع سوى كتابين جليلين احدهما وهو الاول كتاب الفتاوى الهندية المعروف بالعالم كيريه، نسبة الى عالم كير احد ملوك الهند الذي امر جمعية مؤلفة من اعظم علماء عصره قام بنفقتها فجمعت لديه وكلفها ان تنتخب له اصح الاراء والاقوال الشرعية، والراجح منها وتجمع ذلك في كتاب، ففعلت. وقد كان مجموع ما انفق في سبيل هذا الامر مائتي الف روبيه والروبيه نحو اثنى عشر قرشاً مصرياً. وتدطبع هذا الكتاب للمرة الثانية سنة ١٣١٠ في مصر بمطبعة بولاق الاميرية وهو الان لا يزال مرجعاً من اصح مراجعنا الفقهية، وليس في عبارته تعقيد ولا في تبويبه تشويش والكتاب الثاني هو كتاب الاحكام العدلية المعروف بالمجلة المعمول به في محاكمنا حتى اليوم

فانه في زمن وزارة جودت باشا العالم المؤرخ التركي الشهير سنة ١٢٨٥ هجرية ابتدأت جمعية المجلة بعملها وانهته في مدة تسع سنوات اي سنة ١٢٩٣. ومن مطالعة مقدمته التي نظمتها جمعية المجلة وقدمت الكتاب بها لمقام الصدارة يتضح بها سبب تأليف المجلة وجمعها

في اواخر العصر الثاني عشر الهجرة صدرت الارادة السلطانية بجمع جماعة من افاضل علماء وفقهاء العصر المذكور تحت رياسة جودت

باشا فاجتمعوا في الاستانة واخذوا من الكتب الشرعية والاقوال والاحكام المناسبة للعصر والموافقة لاحقاق الحق لتكون مداراً للعمل ودستوراً للمحاكم تعمل به . منعاً للتشويش الممكن حصوله في الاحكام المختلفة التي كانت تعدها المحاكم باتباع كل قاضٍ مـا يراه من اراء العلماء السابقين ، وخصوصاً انه في ذلك العصر كانت قد انشئت المحاكم النظامية التي يشترك فيها بالحكم قضاة متعددون وفيهم ايضاً غير المسلم من الرعايا الوطنيين

فاجتمعت تلك الجمعية وهي موءلفة من العلماء الافاضل الآتيـة اسماوءهم ويحسن بالطالب والقارىء مطالعة المضبطة التي تقدمت فيها جمعية المجلة الى الصدارة العظمى لان فيها درساً جليلاً

ترجمة موءلفي المجلة

وهذه اسماء اعضاء جمعية المجلة

ناظر ديوان الاحكام العدلية	مفتش الاوقاف	من اعضاء شورى الدولة
احمد جودت	السيد خليل	سيف الدين
من اعضاء ديوان العدلية	من اعضاء الديوان العدلية	ومحمد امين
السيد احمد خلوصي	السيد احمد حلمي	من عضو الجمعية
		ابن عابدين زاده علا الدين

غير انه نظراً الى ان بعض هوءلاء قد انتقل ولاية (وظيفة) خارج الاستانة فقد ناب عنه غيره من فقهاء ذلك الزمان . وانك لو طالعت المجلة

لرأيت في آخر كل كتاب توقيعات الذين اشتركوا في تنظيمه

ان جودت باشا من اعلم علماء زمانه وله اليد الطولى في قضية المجلة، حتى انه لما تعين واليا خارج الاستانة صدر في غيابه كتابان من المجلة هما الخامس والسادس، ولكنه كان يفاوض كتابة الجمعية: وله رأيه في وضع الكتابين المذكورين بصورة رسمية وغير رسمية

حتى ان الجمعية كانت نشرت كتاب الامانات بعنوان كتاب الوديعة ولما اطلع على ذلك رأي ان يدعوه بكتاب الامانات فصدر الامر بذلك وكذلك السيد خليل فانه قد شغل في زمانه وظيفة مشيخة الاسلام وامانة الفتوى وكان من اعظم فقهاء زمانه

كما ان سيف الدين افندى قد احرز لقب الصدور العظام وكان متبحراً في اصول الفقه

واحمد حلمي اشتهر في العلم بزمانه. وهكذا كان الآخرون من اعضاء المجلة

اما المجلة فقد تضمنت مقدمة وستة عشر كتاباً وهي كتب البيوع. والاجارات. والكفالة. والحوالة والرهن. والامانات. والهبة والغصب. والحجر والاكراه والشفعة. وانواع الشركات والوكالة والصلح. والابراء. والاقرار. والدعوى والبينات والتحليف. والقضاء

﴿ مقدمة المجلة ﴾

كان ابن نجيم احد علماء الفقه وصاحب كتاب « الاشباه» قد وضع بعض قواعد فقهية بلغت الخمس والعشرين قاعدة قصد بها اجمع المسائل الفقهية الى قواعد عامة كلية وقد نحا نحوه كثير غيره، منهم ابو سعيد محمد الخادمي صاحب كتاب « مجامع الحقائق» . فتلك القواعد وان كانت لا تشتمل على جميع الاحكام الفقهية الا انها تشتمل على الاغلب منها، فدعيت على سبيل المجاز قواعد كلية، لانها تتضمن قواعد وفروعاً ومسائل كثيرة . على ان جمعية المجلة قد اخذت من هذه القواعد تسعاً وتسعين قاعدة . وبهذه القواعد غنى عن ايراد ما بقي من غيرها لان اكثرها يرد الى هذه الاصول او اقل منها . غير ان هذه القواعد لا تصلح ان تتخذ مستنداً للحكم في القضاء، لانها ليست نصوصاً شرعية . فهي لم ترد عن الايمة ولا شملت كل المواضيع التي قصد بها ردها اليها . غير ان الامثال الواردة في بعضها تصلح سنداً للحكم لانها منصوص عنها

فالمادة ٥٥ من هذه المواد مثلاً تصرح :

انه يجوز في البقاء ما لا يجوز في الابتداء فلا تصح هبة الحصة الشائعة . غير انه اذا وهب المرء مالاً واستحق آخر حصة شائعة منه لا تبطل بسبب الشيوع وتكون الحصة الباقية ملكاً للموهوب له فالقاضي لانشاء الحكم لا يستند الى اصل المادة ٥٥ لانها قاعدة غالبة، ولكن

يمكن الاستناد الى نص المثال لانه نص شرعي مفتى به اخذت به جمعية المجلة ان هذه القواعد لو فطن لها طالب الفقه ووعاها جيداً لاغنته عن درس مواد كثيرة وفقهته في ضروب هذا العلم

وسواء أ كان المطالع من المتخصصين بالفقه او بغيره من العلوم فانه يستفيد منها ومن تفهمها شيئاً كثيراً.

والمقدمة تحتوي على مقالتين الاولى مؤلفة من مادة واحدة موضوعها الفقه. والثانية تؤلف من تسع وتسعين مادة هي تلك القواعد المذكورة وانا فيما يلي آخذون في شرح مئة المادة ودرسها وعلى الله الاتكال

المادة الاولى

علم الفقه هو علم بالمسائل الشرعية العملية

المسئلة تطلق على مطلوب وجب اثباته بالدليل والبرهان. وان الغرض من هذا العلم انما هو الاطلاع على المسائل واذ كانت المسائل المندرجة في المجلة تتضمن احكاماً فان جمعية المجلة اعتبرت كلمة «مسائل» متضمنة الاحكام الشرعية. وقد مر بك ما هي الاحكام اذ اوضحنا بمقال مخصوص الحكم والمحكوم له والمحكوم عليه الى آخر ما ورد فيه (صفحة ٣٣ وما بعدها). وقول «الشرعية» احترازاً من غيرها من المسائل العلمية كالهندسية والطبية العملية واذ كانت كلمة «شرعية» تشمل جميع انواع المسائل الشرعية بما فيه العبادات وغيرها من الامور المتعلقة بالآخرة فقد ذكروا «العملية» احترازاً من سواها من المسائل الشرعية

فالفقه هو العلم بالمسائل الشرعية العملية التي وضعها الشارع لمنفعة العباد

ولكل علم مبادئ عشرة هي الاسم والتعريف والواضع والمأخذ والموضوع والمحمول والغاية والفائدة والفضل والحكم

وقد مر بنا في مواضع مختلفة كثير من هذه الامور ومع ذلك نرانا مضطرين الى اعادتها تذكرة وتفكيراً

فهذا العلم يسمى «الفقه» و«تعريفه» علم بالمسائل الشرعية العملية. «وواضعه» اي مرتبه وناسقه و«واضع اصوله» الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان وذلك في زمن الخليفة المنصور العباسي

«ومأخذه» الادلة الاربعة وتفرعاتها، يعني الكتاب والسنة والاجماع والقياس وما تفرع عن كل ذلك

و«موضوعه» افعال الانسان المكلف. و«محموله» القضايا الشرعية. و«غايته» وصول الناس الى سعادة الدارين بتطبيق اعمالهم وحركاتهم على الشرع. و«فائدته» صلاح الظاهر والسير على سبل الحق والانصاف. و«فضله» تقدمه على سائر العلوم عدا علوم الحديث والكلام واصول الفقه

و«حكمه» تعلم المكلف الاحكام الشرعية فان تعلم ما يلزمه لنفسه كان فرض عين لان طلب العلم فريضة.

وان تعلم ما يمكنه ان يساعد به غيره كان فرض كفاية. وان تبحر

في العلم كان ندباً لان (من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين)

ومن ينكر حكم هذا العلم الجليل ، ووجوب (طلب العلم ولو في الصين) والتبحر في العلوم . اوليس على طلب العلم والتبحر فيه على اختلاف انواعه يتوقف الرقي الانساني ،فكيف وهذا العلم نفسه من علوم الاجتماع العليا بل انما هو باطنها وملاكها

المادة الثانية

الامور بمقاصدها

راجع المواد ال ٧٦٩ و ١٢٥٠ و ١٣٠٣ و ١٣٠٤ من المجلة

الامور هنا بمعنى الافعال ومتى كان الامر بمعنى الفعل وجب علينا ان ننظر في اعطاء الحكم — الى القصد من ذلك الفعل . والقصد من الامور الباطنة التي تظهر بظواهر العمل ويؤيدها واقع الحال

كما لو شاهدنا رجلاً في البرية يحمل بندقية صيد ثم رأيناه يطلقها فاننا نحكم عليه بانه كان يصطاد بظاهر العمل والحال، فحال وجوده في محل قابل للاصطياد حاملاً بندقية يؤيد ان عمله كان صيداً فلا نتعرض لقصده سواء كان قاصداً حمل البندقية للزينة ام لامر آخر فالنيات من الامور الباطنة ومتى عسر الاطلاع على الباطن اقيم الظاهر مقامه . والقاعدة الفقهية المذكورة مأخوذة عن الحديث الشريف القائل «انما الاعمال بالنيات» . واعلم ان النية والقصد هما موضوع المسؤولية والضمان في الامور الجزائية والعقوبات في العقود والمعاملات الحقوقية

وان شذ عنها او استثني منها بعض مسائل ، و يشترط في النية والقصد ان يصدرا عن المكلف وعند صدورها عن غيره فلا عبرة لهما بل بحكم انهما بحكم العدم

فلو نوى الولد القاصر او المجنون اطلاق الرصاص على احد وفعل ذلك لا يؤاخذ على نيته هذه ، ولا على فعله — مؤاخذة العاقل المسؤول عن عمل جزائي سؤلاً جزائياً ومالياً

وللنيات احوال ثلاث :

الاولى النية والقصد المجردان عن العمل ،

الثانية الفعل المجرد عن القصد والنية

الثالثة اقتران القصد بالفعل

فمثال الاولى لو قصد في قلبه طلاق زوجته ولم يقله ولا فعله فلا طلاق ، كذلك لو نوى او قصد المشتري بالخيار ان يفسخ البيع ولكن ما فعل ولا قال فالبيع نافذ ، وكذا لو شرى مالاً على نية وقفه على الجهة الفلانية غير ان لم يلفظ كلمة بازه وقفه ولا فعل فعلا يدل على وقفه ، فلا وقف

لان الامور التي من نوع الاعمال لا تتم بمجرد النية والقصد بل يشترط لتمامها العمل

واما الامور التي هي من نوع الترك فتتم بمجرد النيـة من ذلك ، فلو كان عند فلان وديعة هي ثوب مودوع من خلد فاخذ الوديع الوديعة

لبسها وعاد في المساء فخلعها عنه قاصداً العودة الى لبسها غداً فضاعت في الليل لزمته قيمتها او مثلها،لانه نوى تكرار لبسها فخرجت بذلك من حكم الوديعة الى حكم المال المغصوب، والغصب يوجب الضمان. ومن امثلة الحالة الثانية ما لو اوصى بمال لوجوه البر غير قاصد التقرب والثواب فان الوصية صحيحة ولا ثواب له،لان الثواب على النية ولكنه لو قصد عند الايصاء الثواب والتقرب لاستحق ذلك وصحت الوصية والأجر معاً

كذلك الاقرار بشيء لآخر فانه لا يتوقف على النية والقصد فمجرد اقرارنا بحق لزيد يلزمنا ذلك الحق، لتعلق حق الآخر به ولانه لا يصح الرجوع عن الاقرار بحق العباد

ومن ذلك الاعارة والايداع والقذف والسرقة

ومن امثلة الحالة الثالثة اي اقتران القصد بالفعل: ما لو نشر شبكة للصيد فوقع فيها طائر فقد قصد الاصطياد، وعمل نشر الشبكة فكان الصيد له

كذلك لو وضع طبقاً او دستاً او وعاء آخر تحت الميزاب قصد احراز الماء فانه يملك ذلك الماء بالاحراز

ولكنه لو وضع ذلك الوعاء دون قصد احراز الماء كقصد التجفيف مثلاً فمطرت السماء فامتلأ الوعاء ماء، لم يكن ماء محرزاً،وحق لاي كان الانتفاع به لان الماء من الامور المباحة. ومن العادات القديمة عندنا انه في الاعراس يلقون على العروس دراهم ودنانير وفواكه،

فلو وقع من ذلك درهم في ثوب احد الحضور ولم يكن هيأ ثوبه لالتقاطه ،فيحل لاي كان اخذ الدرهم . على انه لو فتح حجره او ردنه وهيأ ذلك بقصد الاحراز ، فمن اخذ الدرهم الساقط في ثوبه ضمن له ولزمه رده

كذلك الحكم في لقطة وجدها في الطريق فان نوى اعادتها لصاحبها لا اثم عليه ولا عقوبة ولاضمان فيما لو هلكت بدون قصد او تقصير منه ،لان حكمها حكم الوديعة . واما لو قصد ونوى اخذها لنفسه فهو اثم ومسؤول وضامن

حتى انك ترى في باب سوء استعمال الامانة من ابواب قانون العقوبات المعمول بها في البلاد : ان من اعتدى على اللقطة كان مسؤولاً كذلك لو اطلق رصاصاً على صيد فاصاب انساناً فنظراً الى تحقق قصده الصيد لا يعاقب عقاب من يطلق الرصاص على انسان قصداً . واما لو اطلقه عليه قصداً فانه يجازى به مجازاة القاصد . على انه في الحالين جميعاً تلزمه الدية

المادة الثالثة

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني

راجع المواد ١٠٣ و ١١٨ و ٣٩٦ و ٣٩٧ و ٧٢٩ و ٢٦٢ و ٨٣٧ و ١٠٢١ و ١٠٢٢ وراجع ايضاً المواد ١٧٣ و ١٧٤ و ١٧٥ و ٤٣٦ و ٤٣٧ و ٨٣٩ و ٨٤٠ و ٦٤٨ و ٦٤٩ و ١٣٥١

ان المطالع يرى لاول نظرة ان هذه المادة تتضمن معنى المادة السابقة، غير انه لدى امعان النظر يرى ان المادة الثالثة هذه تتعلق بالاقوال الشرعية وليس بالافعال والاحوال التي تتعلق بها تلك. فالعقود غير الامور ومن هنا حصل الفرق بينهما

بناءً عليه فان هذه المادة تدور على العقود وهي التصرفات القولية التي تصدر عن المكلف حتى اذا تلفظ المكلف بقول شرعي وجب علينا النظر فيه الى القصد الذي يتضمنه وليس الى الالفاظ وصيغ التراكيب اللغوية. على ان الالفاظ والكلم هي الاعراض لجواهر المعاني فكما ان الجوهر يظهر و يقع تحت الحس بواسطة العرض كذلك المعاني، فانها تفهم بواسطة الالفاظ، اما اذا لم يتمكن السامع من فهم الالفاظ او كان الخلاف بين اللفظ والقصد ظاهراً كانت العبرة للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني

اما العقود فهي جمع عقد وهو شرعاً ارتباط الايجاب بالقبول

فلو قال لك زيد بعتك حصاني هذا بعشرين درهماً وقلتَ له اشتريتُ ينعقد بينكما بيع وشراء بايجاب وقبول فما قاله لك هو الايجاب وما قلته له هو القبول. وهذه الالفاظ والمباني وردت مطابقة للمقاصد والمعاني، لان القصد من قولكما هو البيع والشراء وقد أدّته الكلمات التي تعاطيتماها. واما لو قال لك: بعتك فرسي هذا بعشرين درهماً على انه متى رددت لك العشرين درهماً بعد شهر مثلاً تردّ عليّ الفرس، وقبلت منه

ذلك لا يكون الكلام الذي تداولتماه بلفظ البيع بيعاً لان البيع لا يجوز به شرط رد المبيع اذ ان حكمه هو تمليك المشتري المبيع والبائع الثمن تمليكاً مطلقاً غير مقيد . واذ كان الكلام الذي يصدر عن رجلين عاقلين بالغين واجب التفسير لامر شرعي يفيد حكماً ، وكان بالامكان تفسير كلامكما بانه يقصد رهن فرسه عندك مدة شهر مقابل عشرين درهماً ، وانت قد قبلت ، فاننا نترك الالفاظ والمباني ونعمل بالمقاصد والمعاني ، ونقرر انكما عقدتما عقد رهن بصورة بيع وهو ما نسميه البيع بالوفاء وهذا يتضمن حكم الرهن من جهة حبس المبيع لدى المشتري حتى استعادة البدل

ولو قلت له وهبتك حصاني هذا مقابل عشرين درهماً فلا هبة هناك مع ورود الفاظها . والهبة بشرط العوض بيع قصداً لا لفظاً . ولو كان المبيع داراً حقت للشفيع بالشفعة ، لان الشفعة وان كانت لا تجري في الهبة الا انها تجري في الهبة بشرط العوض لانها في حكم البيع

ومن ذلك — في الاقالة — لو قال المشتري للبائع قبل القبض وهبتك المبيع ، فقال له البائع وهبتك الثمن ، فانهما وان كانا لفظا الهبة الا انهما بالحقيقة قد اقالا البيع . والاقالة هي الرجوع عن البيع

ومنه — في الاجارة = لو قال الموجر للمستأجر اعرتك داري هذه لشهر بدرهمين ، وقبل ذلك منه ، فانهما يعقدان الاجارة بلفظ الاعارة لان الاعارة لا بدل لها . ومتى وجد البدل فقد صار واجباً تفسير الكلام بانه اجارة . ومنه لو قال الدائن للمدين وهبت لك مالي عليك

فليس ذلك هبة بل ابراء بلفظ الهبة

ومنه لو شرط كل الربح للشريك المضارب يكون ذلك قرضاً لانه اذ اعطاه المال ليتجر به و يكون الربح له اي للمعطى، فلا يؤدي ذلك معني شركة المضاربة بل معنى القرض ولا عبرة للالفاظ بل للمقاصد والمعاني

ومنه: لو قال الواحد للآخر اني اقمتك وصياً لتقبض الان مالي عند زيد من الديون . فاذ كان الوصي يقام على ما بعد موت الموصي كان يجب تفسير كلام المكلف لما يفيد حكماً شرعياً، فانما نفسر ذلك بانه قصد توكيله ليقبض ما له في ذمة زيد، ونقرر ان حكم ذلك انما هو حكم الوكالة

ولو قال له اقمتك وكيلاً لي بعد موتي تنظر في مصالح اولادي واملاكي فان لفظة وكيل تفسر بالوصي. لان الوكالة على ما بعد الموت لا تصح الا اذ فسرت بمعنى الوصاية . واذ كان قصد المتكلم وهو الايصاء كانت العبرة للمقاصد والمعاني وليس للالفاظ المباني

بعض مستثنيات — ويستثنى من هذه المادة بعض مسائل منها:

لو باع ماله بنفي الثمن يعتبر بيعاً باطلاً: وليس هبة، كما لو قال له بعتك مالي هذا بلا ثمن فانه لا يفسر بالهبة بل يعتبر بيعاً باطلاً . ومنها لو آجره ماله بلا اجرة فانها اجارة فاسدة وليست عارية كما لو قال له آجرتك داري بلا عوض ولا اجارة

المادة الرابعة

اليقين لا يزول بالشك

راجع المواد ا ٧٤ و ٧٨٥ و ١٦٨٣ و ١٧٤١ و ١٧٧٦ و ١٧٧٧

هذه القاعدة من اهم القواعـد الفقهية حتى ان اكثر من ثلاثة ارباع المسائل الفقهية متعلق بها . وهي من قواعـد صاحب الاشباه، وقدقيل ايضاً ان ما ثبت بيقين لا يرتفع بالشك . وايضاً ان ما ثبت بيقين لا يرتفع الا بيقين وكلها بمعنى واحد

ان القلب او العقل عند كل حادث ولدى كل وجود لا بدَّ له من طرفين هما الاطمئنان الى الوجود والحصول، او الى عدم ذلك

او انه يبقى متردداً بين هذا الطرف وذاك

فاذا جزم القلب بشيء كان اليقين، وان تردد كان الشك

فالشك لغة هو التردد مطلقاً . واصطلاحاً هو تردد القلب والعقل في شيء حصل، موجود هو ام غير موجود ،حاصل ام غير حاصل، بحيث يتساوى في ذلك طرفا المسئلة اي طرف الوجود وطرف عدم الوجود

واما عند عطف القلب وميله لاحد الطرفين وترجيحه على الآخر ينظر هل العقل والقلب بعد هذا الترجيح لا يزال عاطفاً ومائلاً الى الطرف الآخر؟ فان كان كذلك يسمى الطرف الاول الظن والثاني الوهم

واذا كان القلب بعد الترجيح قد رغب عن الطرف المرجوح

والقاه عنه وابعده، بحيث تغلب الطرف الاول فيكون الظن قد غلب ويحصل غالب الظن، وهذا بمنزلة اليقين

واليقين لغة هو اطمئنان القلب واقتناع الفكر بحقيقة الشيء. او انه الجزم باحد الطرفين استناداً الى دليل . ولذلك قيل ان اليقين هو العلم الحاصل عن نظر واستدلال

وهو على ثلاثة اوجه . يقين خبر و يقين دلالة و يقين مشاهدة

من ذلك يتضح لك انه لا يمكن وجود اليقين والشك في امر او شيء واحد . فاما اليقين واما الشك لان العلم بالشيء لا يتفق وجوده مع الجهل به فلدينا الاحوال القلبية الآتية

الشك والوهم والظن واليقين

واقواها اعتباراً، واحقها بالحكم انما هو اليقين، و يليه الظن

واليقين يكون في حالتي الايجاب والسلب يعني في حالتي الوجود والنفي . فكما انه يحصل لك اليقين بوجود شيء او حصول امر — كذلك يحصل لك اليقين بعدم الوجود او عدم الحصول

زيد يمشي في داره :

هذه حقيقة حصل لك اليقين الايجابي بها . وهي تدل على وجود وعمل والوجود هو كون زيد في داره، والعمل هو كونه يمشي فيها

ومتى حصل لك اليقين السالب اي بعدم وجوده في داره، او بعدم كونه يمشي فيها — يكون اليقين المذكور موجباً للحكم بان

زيداً غير موجود في داره ، او انه فيها ، ولكنه لا يمشي

من ذلك في الامور الشرعية والادبية والاجتماعية انه عند ثبوت الشيء — لا يحكم بعدم وجوده لمجرد الشك الطارئ ، ولكن اذا قام على خلاف ذلك دليل فيكون اليقين الجديد المستند الى دليل قد نفى ورفع اليقين السابق ، كما لو قام دليل على خروج زيد من الدار فيحكم بعدم وجوده فيها استناداً الى الدليل

مثلاً لو اعترف زيد بان بذمته لخالد ديناً قدره كذا من جهة القرض ، فاقراره هذا يقين مثبت لاشتغال ذمته بالدين المعترف به لخالد . ثم انكر الدين المذكور فلا يلتفت لانكاره وكذلك لو ادعى ايصال الدين فلا يحكم له ببراءة ذمته قبل البرهان لان مجرد ادعاء الايصال لا يرفع الحكم الحاصل باليقين . فان ادلى ببرهان على الايصال حكم برفع اليقين السابق بيقين جديد مسند الى دليل ، وكذلك لو ابرأ احد ذمة الآخر ابراءً عاماً بحيث قال لا حق ولا دعوى لي على فلان واني ابرأت ذمته من كل حق ودعوى سابقة هذا التاريخ ، ثم رجع يدعي عليه بدين ، ينظر فان بين تاريخاً لاحقاً تسمع دعواه ويطلب منه الدليل عليها . وان بيّن تاريخاً سابقاً ترد دعواه لحصول اليقين بالبراءة الثابتة . وان لم يبين تاريخاً . فاذ كان الاصل براءة الذمة ، واذ وقد ثبت بزمان ابرائه خصمه من كل حق ودعوى فقد اصطدم اليقين الثابت بالاصل والدليل مع الشك وحيث كان اليقين لا يرتفع بالشك فلا

تسمع دعواه للتردد اي الشك في هل كان هذا الحق قبل الابراء ام بعده، دون ان يمكن القلب ان يرجح احدهما

وهكذا في البيع فلو باع زيد من عمرو بضاعة وقبضها المشتري، ثم جاء المشتري يقول ان فيها عيباً قديماً موجباً للرد ولدى عرضها على اهل الخبرة قرر بعضهم انه عيب حادث وقرر بعض انه عيب قديم وتساوت ادلتها، فاذ كان الاصل السلامة والصحة من العيوب كان القبض بعد الشراء والرؤية دليلاً على كون المشتري لم يجد عيباً قديماً عند التسليم، وكان لا يمكن ترجيح احد الطرفين، وكان الشك لا يرفع اليقين يحكم برد دعوى المشتري ولا يرد المبيع على البائع

ومثل ذلك - في الاجارة - ما لو ان الاجير المشترك (اي من كان يعمل لاكثر من واحد او لعموم الناس كالخباز والقصار والصابغ والنجار الخ) — دق الثوب فتمزق لزمه الضمان واما لو كان صاحب الثوب ساعده، واشترك معه بالدق، فتخرق الثوب لا يضمن، للشك في ايهما الذي خرقه، ولان الاصل براءة الذمة فمع اليقين الذي هو براءة الذمة لا يقبل الشك الذي هو التردد بمعرفه ايهما هو الفاعل



المادة الخامسة

الاصل بقاء ما كان على ما كان

راجع المواد ٧٨٠ و٦٨٣،و١٧٧٦ و١٧٧٧

قال في «الخيرية» : يبقى القديم على قدمه،اذ الاصل ابقاء ما كان على ما كان عليه، لغلبة الظن بانه موضوع بوجه شرعي

ان هذه المادة ذات علاقة قوية بالمادة الآتية وهي « القديم على قدمه يترك» . كما انها لا تبعد عن المادة السابقة التي قلنا ان ثلاثة ارباع المسائل الشرعية تتعلق بها

ففي المادة السابقة كان البحث عن انه اذا ثبت الشيء وصار يقيناً فلا يحكم بزواله لمجرد الشك ، والآن في هذه المادة يبحث عن ابقاء الحال على ما هي عليه لغلبة الظن بانها لم تكن الا بسبب شرعي والمادة الآتية تقضي بترك القديم على قدمه

على انه مع ما في هذه المواد من الارتباط يرى ان واضعيها قصدوا بوضعها الى امور مختلفة . والا كانوا استغنوا بالواحدة عن الاخرى وخصوص المادتين الخامسة والسادسة ومن الامثلة التي اوردها لكل منهما يفهم ان القصد من المادة الخامسة الامور التي ذكرناها في المقدمة وهي التي تدعى « استصحاباً » وقد قلنا ان الاستصحاب يعني : انه اذا ثبت وجود حال في الماضي يحكم ببقائه في الحال ما لم يحدث سبب موجب لتغيره . ونقول

الآن ان الاستصحاب وان صلح حجة لاثبات حال ماضية الا انـه لا يصلح حجة لاثبات شيء ابتداءً واستحقاقاً مثـلاً لو غاب صاحب الوديعة وجهلت حالته احيٌ ام ميت هو، فعلى المستودع ان يحفظ الوديعة حتى تحقق وفاته ولا يمكنه ان يسلمها لورثته باعتبارها ارثاً لهم عن صاحبها

فبذلك نحكم بابقاء الحال على ما هي عليه لان الاصل ابقاء مـا كان على ما كان. واما كونها لا تصلح حكماً في الابتداء والاستحقاق فمثاله : لو ان احد اقرباء المفقود مات وترك ارثاً عنه داراً او مالاً او غير ذلك، فلا يحكم الحاكم للمفقود بملكية حصته من الارث كما لو كان حياً ولا يمنعه منها كما لو كان ميتاً. ولكن يقف الحكم لثبوت وفاته او حياته

فتوقف القاضي عن الحكم بالتمليك يدلك على كون الاستصحاب لا يصلح للحكم ابتداءً واستحقاقاً بشيء

المادة السادسة

القديم انما يترك على قدمه

راجع المواد ال ١٦٦، و ١٢٢٤ و ١٢٢٨ و ١٢٢٩ و ١٢٣٠ و ١٢٣٢ و ١٢٦٩ و ١٦٦٠ و ١٦٦١

معلوم ان ترك الناس الشيء على حاله مدة طويلة حتى دخل في القدم فيه دلالة على انه لما وجد في الابتداء كان وجوده بسبب شرعي فلو نظرنا مثلاً الى مرور الناس في المارة المتجاورة، وعلمنا ان زيداً ما

زال منذ القديم هو ومن تلقى الملك عنه يمرون في ذلك المكان، حكمنا انه عندما مر اول واحد بها، كان يمر بحق شرعي كأن يكون الملك في الاصل له، اومشتركاً بينه وبين جاره، او ان يكون اشترى حق المرور بصورة مشروعة، وامر آخر من الامور الشرعية التي تملكه حق المرور، لذلك لا نحكم عليه بعدم المرور

ومن ذلك مجاري مياه البيوت والحقول، فان لها من قدمها دليلاً على حقانيتها، وذلك لغلبة الظن بانها وجدت في وجه شرعي

ومن جملة اسباب ذلك سكوت الجار والمالك مدة طويلة لان سكوته هذا دليل على مشروعية المرور والمجرى، والا فلا يتصور ان رجلاً عاقلاً بالغاً يسكت طيلة الزمن عن المطالبة بحق او برفع تعرض

وفي ترك القديم على قدمه حسن ظن من المتأخرين في المتقدمين لانه ما دام لا ضرر من ذلك القديم فبقاؤه منذ القديم مبني — بلاشك — على حق شرعي او سماح قديم مستحب

على انه اذا ثبت ان ذلك ليس قديماً، او انه موجب ضرراً فيحكم في الاول بالمنع وفي الثاني بازالة الضرر

واما القديم فهو شرعاً ما لا يعرف احد الاحياء بداءته وليس القصد من ذلك ما لا يعرف تاريخياً، ولكن من لم يبق في الاحياء من يعرف بداءته بنفسه

على ان الشارع قد وضع حداً من الزمن يمنع سماع الدعوى عما

قبله وهو خمس عشرة سنة فمرور خمس عشرة سنة يمنع الحاكم من سماع الدعوى به

المادة السابعة
الضرر لا يكون قديماً

راجع المواد ١٢١٣و١٢١٤و١٢٢٤و١٢٠٠

قلنا ان العبرة في القدم لما لا يحدث منه ضرر لشخص معين ولا للعامة · واما عند وجود الضرر فينظر اذا كان ممكناً اصلاحه بحيث يزال الضرر فيبقى، والا فيزال الضرر بازالة القديم وذلك في حق العامة

والضرر القديم اما ان يقع على العامة · واما على شخص او اشخاص معينين · وفي ذلك تفصيل · فان كان على العامة يحكم برفعه كالبروز والشرفة (والبلكون) وغيرها مما يضر المارة على الطريق العام · فهذه يحكم بازالتها ورفعها بالنظر الى مقدار ضررها لعموم الناس · فان كان الضرر فاحشاً ازيلت على كل حال ، وان كان الضرر ليس فاحشاً فيزال منها ما يلزم، ولا يمنع من الباقي · واما اذا سقطت من تلقاء نفسها او بفعل فاعل، فلا تعاد ولا يسمع لصاحبها عذر

واما اذا كان الضرر ليس عاماً ولكنه واقع على شخص او بعض اشخاص، فينظر ايضاً أفاحش هو ام غير فاحش، فان كان فاحشاً كدفن الموتى بين البيوت مثلاً يدفع بأي وجه كان · وان كان غير فاحش كحق المرور والمسيل، فهذا يبقى على حاله و يؤمر بمراعاة

الاحوال اللازمة لعدم زيادة الضار لانه - كما سبق القول في المادة السابقة - يعتبر حقاً مكتسباً مملوكاً له من القدم باسباب مشروعة، على انه لا عبرة للقديم المخالف للشرع

فان قصد الشارع المحافظة على العباد والشرع اذا نهى عن شيء او امر به فذلك حفظاً لمصالح العباد فلا عبرة لقدم الاستعمال كمن اعتاد من القديم ان يرمي اقذاره في الطريق العام فانه يؤمر برفعها ويمنع منها ولا عبرة القدم

والمطالع يعرف بالبداهة ان هذه المادة متممة للمادة السابقة :

ومع كون هذه المادة السابعة تقيد وتخصص المادة السادسة نرى انها ليست مطلقة لانها لا تتعلق بالقديم الخاص باحاد الناس ما لم يكن فاحشاً

ومن امثلة هذه المادة في امور العامة : لو كان لاحد مجرى ماء قذر مالح وكان ذلك على نهر للشرب فمجرد الضرر الذي يحدث من ذلك المجرى كاف لازالته ومنعه لان العامة تشرب من النهر وذلك مضر بها فسواء كان المجرى قديماً او غير قديم يحكم بسده

المادة الثامنة

الاصل براءة الذمة

راجع المادة ١٦١٢

بناءً على ذلك اذا اتلف احد مال الآخر واختلفا في مقداره فالقول للمتلف ، وعلى صاحب المال اثبات الزيادة التي يدعيها

يمكن ان نذكر عدة اصول مثل هذا الاصل تتعلق بامور اخرى كما لو قلنا الاصل الصحة اي ليس الاصل المرض لان المرء ولد سالماً

والذمة لغة بمعنى العهد ومنها قيل الذمي لغير المسلم لانه دخل في عهد الاسلام . ومنه قيل انت في ذمتي اي في عهدي . ولك في ذمتي كذا درهم اي لك علي عهد في كذا درهم

وسمي العهد ذمة لان الرجوع عن العهد مستوجب للذم حيث كان عاراً

والذمة في الاصطلاح لها معنيان احدهما النفس والذات . والثاني وصف لاستحقاق الرجل واهليته للايجاب والاستيجاب

قال في الدر المنتقى : الذمة لغة العهد، وشرعاً محل عهد جرى بينه وبين الله تعالى يوم الميثاق، او وصف صار به المرء مكلفاً فالذمة كالسبب والعقل كالشرط . ثم استعير على القوابل للنفس والذات فقولهم وجب في ذمته اي على نفسه

واما في قاعدتنا اى في المادة الثامنة التي نحن في صدد شرحها

فالمعني المقصود من الذمة هو النفس والذات

شرح — ان الشارع اعتبر كل انسان في الاصل بريء الذمة حسن الخلق، صحيح الجسم والعقل، واقتضى الشارع، لهذه الحالة — ان تكون اصلاً لحالات الانسان . واما ما يعرض من اضدادها فيجب اعتباره حالاً عارضة

فلو جاء زيد يدعي ان له في ذمة بكر الفاً يعتبر الاصل ان بكراً بريء الذمة، لان الاصل انه لم يكن مديوناً . وصفة الاستدانة حاصلة عارضة لذلك يكلف زيد عند الانكار ان يثبت ان له المبلغ الذي ادعاه ولا يصدق بقوله، لانه يريد بدعواه ان يشغل ذمة زيد التي هي — في الاصل بريئة — بشيء عارض هو الدين

كذلك لو ادعى انه اودع عنده جوهرتين فاعترف بواحدة وانكر الثانية صُدق الوديع بقوله ولم يصدّق المودِع بقوله لان الاصل براءة الذمة

ولما كان المدعي يدعي الزيادة وجب عليه ان يثبت دعواه ولدى الاثبات يحكم له . واما اذا لم يتمكن من الاثبات فله حق تحليف المدعى عليه اليمين على كونه لم يودع عنده جوهرتين

وفي المثال الذي اوردته المجلة

ان المتلف مصدق بقوله و يمينه وعلى المدعي اثبات الزيادة وان ذلك يوضح كون الاصل عدم وقوع الاتلاف ، وفيه براءة الذمة . والادعاء بالاتلاف وصف عارض يقصد منه شغل الذمة بقيمة المتلف

او بمثله فلم ينكر المتلف بل اعترف بالاتلاف فظهرت صحة الدعوى من جهة الاتلاف، واختلف بمقدار ما يجب لصاحب المال بدلاً من المتلف. فقال احدهما وهو صاحب المال ان المتلف كان يساوي عشرين وقال المتلف كان يساوي عشرة. فلما كان المدعي صاحب المال يريد ان يثبت كون ذمة المدعى عليه مشغولة بعشرين، والاصل انها لم تكن مشغولة بشيء، ولما كان المدعي عليه اعترف باشتغال ذمته بعشرة صار الخلاف على الفرق وهو الزيادة عن العشرة وقدرها عشرة تمام العشرين

فالشارع يقول للمدعي عليك: ان تثبت ان مالك كان يساوي عشرين، وبذلك تثبت اشتغال ذمة خصمك بالعشرة المنكرة. فاذا أثبت حكم له عليه. وان لم يثبت يقول له القاضي: انك ان شئت تطلب اليمين من خصمك على كون المال المتلف لم يكن عند الاتلاف يساوي العشرين. فان طلبها يحلفه اياها، فاذا حلفها المدعى عليه حكم القاضي عليه بالعشرة التي اعترف بها مستنداً الى اقراره، ومنع المدعى عن دعواه بالعشرة الاخرى لعدم الثبوت، ولحلف اليمين. وذلك تقرير لقاعدة « الاصل براءة الذمة »

واما اذا امتنع المدعى عن حلف اليمين، وهذا ما نسميه شرعاً « النكول عن اليمين »، اعتبر بسبب نكوله مقراً، واوخذ باقراره هذا، وعدّ ان ذمته مشغولة بالعشرين وحكم عليه بها

ومن مواد المجلة التي تتعلق بهذه القاعدة الفقهية المواد :

٧٦ و٧٧و٧٨ و١٧٤٦ و١٧٤٧و١٨١٧و١٨١٨و١٨١٩و١٨٢٠

فلتراجع

المادة التاسعة

الاصل في الصفات العارضة العدم

راجع المواد من المادة الـ ١٧٦٢ الى المادة الـ ١٧٧٨ والمادة الـ ١٤٠٤

مثلاً لو اختلف شريكا المضاربة في هل حصل ربح ام لم يحصل. فاذ كان الاصل عدم الربح، كان القول للمضارب، و يحتاج صاحب راس المال ان يثبت الربح

وان هذه المادة ترى تكملة وتتمة للمادة السابقة

فقد قلنا قبيل الآن ان الاصل في الصفات ما كان اصلياً واساسياً في الانسان . ومتى عرض شيء حادث يعتبر عارضاً . ولذلك كانت الصفات نوعين اصلية وعارضة . فالاصلية كبراءة الذمة والصحة والعارضة كاشتغال الذمة والجنون والمرض

التجارة صفة عارضة والشركة صفة عارضة فيها ، والعيب في المال صفة عارضة ايضاً ، وامثالها كثير

ان الانسان لم يخلق تاجراً حتى لو انا تعمقنا في الحياة الاجتماعية لوجدنا ان التجارة لم تكن في الاعصر الاولى اي يوم كان الانسان يعيش اما من نبات او صيد او من محصول ارضه وزراعته

وبدء التجارة انما كان مبادلة مال بمال بين رجلين او اكثر، فيحصل كل منهما على مايحتاج اليه من اسباب الحياة. ولم يكن هناك نقد، لا ورِق ولا ورَق. وبعد ان كانت التجارة لم يكن شركة بل كان كل انسان يعمل لنفسه، وبعد ان كانت الشركات لم يكن انواع لها متعددة ولا اشخاص كثيرون

فالاصل ان لا تجارة، والاصل في التجارة ان لا شركة

فاذا ادعى انسان انه تاجر شريك مع فلان بتجارته نراه مضطراً الى اقناعنا بدليل يثبت ذلك

كذلك لو قال احد انني لما بعت منك مالي كنت مجنوناً. وبيعي انما هو باطل فاذ كان الجنون صفة عارضة، والاصل الصحة، وجب عليه ان يثبت انه كان مجنوناً في تاريخ البيع والتسليم

كذلك لو قال لك المشتري انك بعت مني فرساً وقد وجدت فيه عيباً فانا اردّه عليك— وجب عليه عند انكارك: ان يثبت ان الفرس معيب، وان هذا العيب كان عند حصول الشراء وانه لم يطلع عليه قبل التسليم

لان صحة الفرس صفة اصلية، والعيب صفة عارضة. والاصل في الصفات العارضة العدم

من انواع الشركات الشرعية شركة تدعى بشركة المضاربة وهذه عبارة عن ان يعطي رجل آخرَ رأسَ مال – على ان يتاجر

به والربح بينهما على شروط

فلو اخذ المضارب راس المالُ وتاجر به ورجع يقول انني ما ربحت شيئاً ، فالقول له ٠لان الربح صفة عارضة ، ولان الاصل براءة الذمة٠ والمدعي يريد ان يثبت ان له بذمة المدعى عليه مبلغاً من الربح

فوجب على المدعي ان يثبت حصول الربح ومقداره ، وان عجز عن الاثبات حق له تحليف خصمه اليمين على حصول الربح ومقداره

الحاصل

والحاصل انه اذا حصل اختلاف ، او تردد في الصفات ، فانظر الى تلك الصفة ٠فان كانت اصلية كالصحة والرضا والبراءة فاعتبر ان المتصف بها غير مكلف ان يثبتها ٠ وان كانت عارضة كالجنون والدَّين والاكراه فاعتبر ان مدعي حصولها يلزمه اثباتها ٠ وعند عجزه عن الاثبات يحلّف خصمه اليمين

واعلم انه في بعض الاحيان تعتبر الصفة العارضة اصلاً للصفة الاصلية، وذلك عند دوام العارض وادعاء الرجوع الى الصحة موقتاً

كما لو انه بعد ثبوت واشتهار جنون زيد ، جاء رجل يقول ان هذا كان في تاريخ كذا قد استفاق وشفي ، وفي مدة استفاقته وشفائه استدان مني الفاً فلي في ذمته هذا الالف ، وانكر الولي ان يكون استفاق — لزم المدعي اثبات الاستفاقة ، لان الجنون المطبق قد اعتبر صفة اصلية والاستفاقة صفة عارضة في حالة الجنون الذي اتفق الفريقان على حصوله

قبل التاريخ الذي ادعى الاستفاقة فيه و بعده

لان ما ثبت بزمان يحكم يبقائه الى ان يثبت زواله

ومن ذلك ما لو ادعى احد ان الميت فلاناً كان حال حياته اقر له بالف، وقالت الورثة انه اقر في مرض الموت، واختلف في ذلك، فادعى ان الاقرار حصل في حال الصحة فاذ كانت حالة المرض في حادثة الموت هي حالة — وان كانت عارضة على الاصل، الا انها ثابتة بسبب حدوث الموت الذي لا يقع الا عن مرض — فالشارع اعتبر المرض حالة مؤيدة بالظاهر، والصحة حالة مخالفة للظاهر. وعند تعارض الحالتين اي المؤيَّدة بالظاهر والمخالفة له - يجب على مدعي خلاف الظاهر ان يثبت مدعاه فرجحت بينة مدعي الصحة وكُلّا في تقديمها

المادة العاشرة

ما ثبت في زمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه

راجع المواد ١٦٩٤ و١٦٩٥ و٧٨٥ و١٦٨٣ و١٧٧٦ و١٧٧٧

مثال ذلك : انه لو ثبت في زمان، ملكيةُ احد لشيء يحكم ببقاء الملكية له على الشيء المذكور ما لم تقع حالة تزيل ذلك

ان هذه المادة متحدة مع المادة الخامسة وهي من قبيل العمل، بالاستصحاب. وهي شاملة لنوعيه : اي لنوعي الاستصحاب وهما استصحاب الحال، واستصحاب الماضي

فالمثال المذكور هنا فيه شاهد على استصحاب الماضي لانه بعد

ان ثبت في الماضي كون ملك الشيء هو لواحد، فيحكم ببقاء ذلك الملك له حتى يثبت خلافه . ومن ذلك ان الشاهد لا يكلف بيان كون المديون لا يزال مديوناً . بل القاضي انما يحكم سنداً الى الاستصحاب انه ما دام ثبت ان الذمة كانت مشغولة بالدين فهو باق فيها . الا اذا قام المديون يثبت خلاف ذلك فيدعي و يثبت الايصال

مثلاً لو جاء زيد يدعي ان له في ذمة عمرو مئة درهم وانكرها عمرو فكلف القاضي زيداً ان يثبت، فاتى بشاهدين شهدا بلفظ اشهد ان عمراً استدان بحضوري من زيد مئة درهم يوم كذا فدانه اياها، ولم يقل الشاهدان ان عمراً لم يزل مديوناً حتى الساعة فالشهادة مقبولة . لان ما ثبت في زمان يحكم ببقائه . فقد ثبت في الماضي استدانة عمرو من زيد فيحكم ببقاء الدين في ذمته، ما لم يقم حال اخرى خلافاً للحال الثانية مؤيدة بالدليل كالايصال او الابراء . كذلك من نوع استحصاب الحال انه ما ثبت في الوقت الحاضر يعتبر ثابتاً في الماضي ما لم يقم الدليل على خلافه

كما رأيت في قضية مسيل الماء . اذ لو اختلفا فيه فالحال الحاضر تؤيد دعوى احدهما الذي يستند اليها . وعلى خصمه ان يثبت خلاف ذلك فلو قال احدهما انه قديم والآخر حادث، ينظر فيه فان كان قديماً يحكم ببقائه او لا فلا

المادة الحادية عشرة

الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته

قال في « الولوالجية» وهو كتاب في الشريعة معتبر : الاصل في الحوادث ان يحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر، اذا لم يتضمن الحكم بحدوثها للحال نقضَ ما هو ثابت . لان الحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر يثبت باستصحاب الحال لا بدليل واجب الحدوث للحال . والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت

يعني اذا حصل اختلاف على زمان وسبب وقوع امر حادث فينسب الى اقرب احواله الا اذا ثبتت نسبته لزمن بعيد

مثلاً لو وهب احد الى احد ورثته مالاً ثم مات الواهب . فقال بقية الورثة قد وهبك في زمان مرض الموت، وقال الموهوب له لا بل في زمن وحال صحته، فترجح بينة الموهوب له . انظر المادة ١٧٦٦

ومنها، لو ان احد القضاة اختلف مع احد الناس، فقال الثاني انك قبل توليك القضاء اخذت مني غدراً الف غرش ودفعتها الى فلان، فانت ضامن مالي هذا، فقال له القاضي : بل اذ كنت قاضياً، وبعد المرافعة الشرعية واثبات الدعوى حكمت عليك بان تدفع له الالف غرش واخذتها منك بحكم الشرع واعطيته اياها، ينظر في الامر بان يضاف الحادث الى اقرب اوقاته وهو تولي القضاء ويكون القول للقاضي

مع اليدين، والاثبات على المدعي. وان لم يثبت فلا شيء على القاضي لان فعله لم يكن مما يستوجب الضمان

ومن امثلة ذلك في الطلاق:

لوادعت هند ان زوجها طلقها طلاقاً بائناً في حال مرض موته، فهي فارة ويحق لها حصتها من ارثه، وقال ورثة الزوج انه طلقك في حال صحته فلاارث لك. فالقول للزوجة باضافة الحادث لاقرب اوقاته الذي هو وقت الموت. واعلم ان الفار والفارة حالة من احوال الطلاق فقد قال في الفرر: من غالب حاله الهلاك كمريض عجز عن اقامة مصالحه خارج البيت فار بالطلاق، لا يصح تبرعه الا من ثلث ماله. فلو ابانها بلا رضاها ومات، ولو بغير ما ذكر وهي في العدة ترث

ومن ذلك في البيع — لو اختلف الولد البالغ مع ابيه: فقال انك بعد بلوغي بعت مالي من زيد فبيعك غير صحيح، وقال الاب اني بعت ذلك في حال صغرك، وانا ولي املك حق البيع فهو صحيح، فيضاف الحادث الى اقرب اوقاته وهو وقت البلوغ، ويؤخذ بقول الولد ما لم يقم الاب برهاناً شرعياً على كونه باع في زمن الصغر

ومن ذلك - في الهبة — لو وهبت الزوجة مهرها الى زوجها ثم ماتت، فقال ورثتها انها كانت في مرض الموت، وقال الزوج انها كانت في حال الصحة فيضاف الحادث الى اقرب اوقاته ويؤخذ بقول الورثة. الا اذا اثبت الزوج حالة الصحة شرعاً

ومنها — في الحجر — لو قال المحجور بقصد ابطال العقد اني عقدت هذا العقد بعد حصول حجري، وقال خصمه بل انك عقدته قبل الحجر فيضاف الحادث الى اقرب اوقاته وهو وقت الحجر ويؤخذ بقول المحجور حتى يثبت خصمه عكس ذلك

ومن ذلك — في الوكالة — قال الوكيل في البيع اني قبل ان تبلغت العزل قد بعت مالك الفلاني بكذا درهم من فلان، وسلمته المبيع، وقال الموكل لا بل انك بعت وسلمت بعد تبلغك العزل. فيضاف الحادث الى اقرب اوقاته وهو وقت العزل ويؤخذ بقول الموكل. وعلى الوكيل ان يثبت خلاف ذلك

هذا في حالة ان المبيع لم يزل قائماً وموجوداً في يد المشتري اما لو كان المبيع مستهلكاً فبتحكيم الحال تقوم المسئلة بقول الوكيل لانكاره الضمان ويكون الموكل ملزماً الاثبات — وهذه مسئله انما تنطبق على المادة الثامنة وتخرج عن حكم المادة ال ١١ الجاري شرحها

المادة الثانية عشرة

راجع المواد ٥٧٢ و١٥٩٠ و٦٠ و٦١ و٦٢

الاصل في الكلام الحقيقة

مثلاً لو اوصى احد بثلث ماله بعد موته الى اولاد فلان، ومات مصراً على وصيته، فان كان لفلان اولاد واحفاد يعطى المال الموصى به، الاولاد دون الاحفاد

ان للكلام صفات ثلاثاً: هي الحقيقة والمجاز والكناية وهذا بحسب قول علماء البيان كما علمت

واما عند علماء الاصول والشرع فله صفتان احداها الحقيقة والثانية المجاز. واما الكناية فلانها تكون حيناً من نوع الحقيقة وحيناً من نوع المجاز، فهي داخلة اصولاً تحت البابين المذكورين

والشرع يقضي باعمال الكلام وليس باهماله. فلذلك نرى ان قواعد ثلاثاً من القواعد الشرعية تتعلق بهذه المسئلة التي هي مسئلة فهم الكلام الشرعي وتفسير مقاصد المتكلم المكلف

(١) إعمال الكلام خير من اهماله

(٢) الاصل في الكلام الحقيقة

(٣) اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز

فلو قال قائل رأيت اسداً، انما يفهم المخاطب ان المتكلم رأى الحيوان

المعروف . واذا قال رأيت اسداً في الحرب، انما يفهم المخاطب ان المتكلم رأى في الحرب رجلاً شجاعاً ففي الاول كان الكلام عبارة عن حقيقة . وفي الثاني كان مجازاً

واما لو قال اني اوصيت بثلث مالي الى اولاد فلان، فينظر هل لفلان اولاد . فان كان له اولاد كانت الوصية لهم، ويتساوى بذلك الذكر والانثى لانهم كلهم اولاد ذلك الرجل وهذا الكلام يعمل به بحقيقته

وعند عدم وجود اولاد لفلان، ينظر هل له احفاد . فان كان له يكون قد حصل كلام من عاقل مكلف، يستوجب التفسير على طريقة «إعمال الكلام خير من اهماله» فيصار الى المجاز اتباعاً لقاعدة اذا «تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز» فيعتبر ان الموصي قصد الاحفاد المذكورين باعتبار انه من المجاز اعتبار الاحفاد اولاداً

فكل كلام امكن تفسيره وفهمه بالمعنى الحقيقي الموضوع له لا يفسر بالمعنى المجازي . بل يكون المعنى المجازي ساقطاً . لان المجاز ليس سوى خلف للحقيقي . فمتى وجد الاصل لا عبرة للخلف

ذلك فيما اذا كان استعمال اللفظ بالمعنى الحقيقي اقوى واغلب من استعماله في المعنى المجازي ، أو كانا متساويين . فعندئذٍ يكون الاصل في الكلام الحقيقة . واما لو كان استعمال الكلام في المعنى المجازي اغلب واكثر، فان الامام الاعظم ابا حنيفة يأمر باستعمال المعنى الحقيقي منعاً

من التفسير والتأويل لكلام له حقيقته، ولكن عند عدم امكان استعمال معناه الحقيقي كما في المادتين ٦٠ و ٦١ فيجب استعمال المعنى المجازي، وان كان مرجوحاً وليس اصلاً . لان إعمال الكلام خير من اهماله ولانه عند تعذر الحقيقة يصار الى المجاز

ومن امثلة ذلك في الوقف —:

قال الواقف: وقفت مالي هذا على ولدي . فان كان له ولد فعليه، وان لم يكن فعلى حفيده . هذا اذا لم يكن له عند الوقف ولد بل كان له حفيد . واما اذا كان له عند الوقف ولد ومات فالغلة تعود لوجه البر . لان الحفيد ليس بموقوف عليه لا بالحقيقة ولا بالمجاز . وكذلك لو كان —عند الوقف— له حفيد وليس له ولد، وانصرف على حفيده ثم قبل موت الرجل، او بعد موته، وفي زمن العدة ولدت زوجته منه ولداً، عاد الوقف على الولد . لانه كلما امكن اعمال الكلام بالحقيقة فيرجح، لانه لا يمكن ان يكون لكلام واحد في وقت واحد معنى حقيقي ومعنى مجازي

ومن ذلك -في الوصية - لو اوصى رجل لآخر بثمر بستانه الفلاني، ومات مصراً على الوصية فينظر هل كان — عند وفاته — لذلك البستان ثمر . فان كان، اقتصرت الوصية على المعنى الحقيقي، وهو الثمر الموجود عند الوفاة على اشجار البستان . لان الثمرة اسم لشيء موجود، ولا مجال للمجاز، ولا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز في اللفظ الواحد وفي وقت واحد

واما لو لم يكن على البستان وقت الوفاة ثمر، فيصار الى المجاز وهو

الثمر المعدوم . وهو الثمر الذي يحدث للموسم الذي يتلو الوفاة . واما اذا قال «ابداً»: يعني لو انه قال في وصيته اوصيت لفلان بغلة او ثمرة بستاني الفلاني ابداً يعني دائماً، حق له ما حصل من الثمر مدة حياة الموصى له

ومن ذلك — في الاقرار —

لو قال: ان هذه الدار لزيد . فالمعنى الحقيقي هو ان تلك الدار مملوكة لزيد وهي ملكه . فيكون المقر قد اعترف له بها ، و بملكيته لها

فلا يمكن بعد ذلك ان يقول هذا المقر: اني كنت اقصد ان الدار لزيد بالاجارة و بالاعارة وهو ساكن بها، لان إعمال الكلام بالحقيقة اولى وارجح من إعماله بالمجاز

ولا يقبل منه ان يقول: ان حرف الجر وهو اللام يفيد الاختصاص، وان الاختصاص يعم الملك والسكنى و بناء عليه لا يجب ان يحصر بالملك وحده . لانه وان كان الاختصاص يشمل الملك والسكنى الا انه يقوى به اختصاص الملك

المادة الثالثة عشرة

لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح

تراجع المواد ٨٤٤ و١٧٥٨ و١٧٦٠ وايضاً الفقرات الاستثنائية من المادة ٧٧٢ وتراجع المادة ١٨٣

ومثلاً لو اذن واحد لآخر بالدخول الى منزله وكان هناك قدح ماء فاخذه الداخل وشرب، يكون مأذوناً بذلك ضمن الاذن بالدخول. ولو سقط القدح من يده فانكسر بلا تعدٍ ولا تقصير فلا يضمن ثمن القدح. ولكن لو كان صاحب المنزل عندما اذن بالدخول نهى عن مس القدح بقوله مثلاً لا تمس القدح، فامسك به وشرب منه وسقط، ضمنه لان دخوله بالاذن دل على السماح بالشرب في الحالة الاولى، واما في الحالة الثانية فصراحة النهي عن مس القدح محت الدلالة. ولا عبرة للدلالة في مقابل التصريح

التصريح لغة بمعنى الكلام الموضح. وفي الاصطلاح هو افادة المرام من الكلام بصورة واضحة بحيث لا يبقى مجال للتأويل

اما الدلالة فاضعف من التصريح. والضعيف يسقط امام القوي كما اتضح من الشق الاخير من المثال المذكور. فان الضيف وان كان مأذوناً دلالة بالشرب من القدح، الا انه بعد صراحة النهي بعدم مسه، امسى ضامناً، لان الدلالة سقطت امام التصريح، لانه اقوى منها

واما حيث لا صراحة فللدلالة حكم الصراحة وقوتها. فالعرف

والعادة والدلالة اجتمعت في حق الضيف بالشرب من القدح عند عدم النهي . لذلك لم يلزمه الضمان عندما سقط القدح وانكسر دون اعتداء منه ولا تقصير . واعلم ان التصريح يجب ان يكون قبل العمل بالدلالة فان وقوع العمل بالدلالة يمنع من الضمان

فلو انه بعد ان امسك بالقدح وشرب منه، نهاه عن ان يمسك به، و يشرب، فالتصريح لا يفيد شيئاً لان العمل سبقه . وذلك لان العمل تم ضمن حق مكتسب، فلا يوجب ضماناً مجرد لحوق العمل بالتصريح بالمنع

ولو باع فضولاً، وجاء المالك يطالب بثمن ماله المبيع يكون اجاز البيع ضمناً ولا يحق له بعد ذلك طلب فسخ البيع بعدم اجازته

وفي الكلام الصريح لا مجال للتحري والتحقيق عن نية المتكلم . لان مجرد الصراحة والوضوح كافٍ لترتب الحكم الشرعي . ولا مجال للاجتهاد لتأويل الكلام الصريح لانه كما سيأتي في المادة الآتية لا مجال ولا مساغ للاجتهاد في معرض النص . وكذلك لا تأويل ولا تفسير لصراحة قول القائل اني مديون لزيد بمبلغ كذا . او لقول القائل اشتريت او بعت المال الفلاني بكذا

المادة الرابعة عشرة

لا مساغ للاجتهاد في معرض النص

راجع المادة ١٦٨٥

مثلا ان المادة الـ ٧٦ تصرح: ان البينة على المدعي واليمين على من انكر. وهو واضح وظاهر. فمقابل هذا النص الصريح لا مجال للاجتهاد والتفسير لكي نجعل الامر على صورة اخرى، او لنستخرج من هـذا النص الصريح دلالة او معنى آخر. لان صحة الاجتهاد موقوفة على عدم وجود نص شرعي كما مر في الفصل المخصوص من المدخل ومن امثلة ذلك: ان الشرع نص على منع القتل والغصب والرشوة والاتلاف وغيرها فلا مجال للاجتهاد ببيان ان هذه الامور جائزة

وكذلك، قد ورد النص في تحليل البيع «احل الله البيع» فالاجتهاد بعدم مشروعية البيع اجتهاد لا محل ولا مساغ له

المادة الخامسة عشرة

ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه

راجع المواد ١٧ و ٣٨٠ و ٣٨٨ و ٣٩٢ و ٤٦٣ و ١٠٢٥ و ١٥٨٩

مثلا انه يمكن ان يستأجر بستان مقابلا لاجرة سكنى الدار (انظر المادة الـ ٤٦٣) لكن لا تجري الشفعة في بستان كان بدلا من اجرة السكن في بيت (انظر المادة ١٠٢٥). وانت تعلم ان البيع هو مبادلة مال بمال

وان المال يجب ان يكون اي متقوماً ذا قيمة، وان يكون مقدور التسليم. واذا لم يكن كذلك فلا بيع ونعلم ايضاً ان الاجارة هي بيع المنفعة التي يحصل عليها المستاجر من استعماله المأجور مقابل بدل يشترط فيه ان يكون مالاً مقدور التسليم ايضاً. فاذ علمت ذلك وعلمت ان القياس الصحيح في هذه القضية كان يوجب ان تكون المنفعة معلومة ومقدورة التسليم، فسألت هل يجوز ان أوجر داري على سنة ببدل بستان املكه، رايت ان القياس لا يجيز لك ذلك من حيث إن المنفعة غير مقدورة التسليم، وغير معلومة تمام العلم فكان عليك ان تحكم ببطلان عقد الاجارة

غير ان الشارع لما رأى حاجة الناس الى الاستعانة بالآخرين، ولما راى ان كثيراً من الخلق لا مال له ولا دار عنده فهو يريد ان يعيش اجيراً، او ان يستاجر داراً، وكان ذلك من الضرورات الاجتماعية استحسن الشارع ان يجيز الاجارة، واعتبر ان المنفعة متى كانت موصوفة وصفاً مانعاً للخلاف وذلك بمعرفة مقدار المدة، ومعرفة العمل الذي لاجله حصلت الاجارة، او مسافة الركوب في استئجار الوسائط الناقلة ومعلومية الدار المأجورة علماً شرعياً اعتبر تلك المنفعة بحد ذاتها مالاً واعتبر مجرد تسليم المأجور للمستاجر مهيأ للاستعمال تسليماً

وانه اعتبر المال المذكور الذي هو المنفعة مقدور التسليم ثم انه حسب ان المنفعة تستحق تدريجاً اي لا يمكن استحقاقها دفعة واحدة، فحسب الموجود منها حالاً اساساً لما سيحدث. وهكذا فانه على خلاف القياس واستحسان من

الشارع رحمة بالعباد وتيسيراً للعيش تقرر ان يعتبر باب اجارة المنافع من الامور الشرعية الصحيحة .

واذ كان ما ثبت على خلاف القياس لا يصلح ان يكون مقياساً لغيره ، وكانت اجارة الدار لاجل السكنى بمقابل تملك بستان هو شيء مشروع على خلاف القياس فادعاء الشفعة على ذلك البستان لا يجوز لانه لا يمكن ان يقاس على ما سبق وسبب ذلك ان شرط الشفعة ان يكون بدل المبيع المشفوع معلوماً . وهنا ليس بمعلوم لانه عند التدقيق نرى ان ليس في عقد الاجارة بدلاً مسمى معلوماً ، بل هناك مبادلة ملكية بستان للانتفاع سكنى دار مدة سنة مثلاً ، وغير معلوم كم تساوي هذه المنفعة ، لان ثمن البستان غير معين ، ولا يرد عليه ان بالامكان تقدير ما يساوي كل من البستان ، ومن المنفعة . لان هذا التقدير لم يجر عليه العقد ، ولا دخل في تقويم المتعاقدين . والمتعاقدان لهما مطلق الحرية والاختيار في تسمية بدل كل من المنفعة والبستان نظراً الى الرغبة والحاجة الى هذه المبادلة . واما الشفيع فليس له ان يأخذ المبيع جبراً على المشتري بالثمن الذي هو يراه بل بالثمن الذي اتفقا عليه

حتى انه من جملة الوسائط والحيل الشرعية لمنع الشفيع من شفعته ان يكون الثمن مجهولاً فيقال ان الثمن الف درهم تويت وثوب من حرير أحرقه البائع بعد قبضه

فجهالة ثمن ثوب الحرير يمنع من الاخذ بالشفعة لجهالة مجموع الثمن

المادة السادسة عشرة

الاجتهاد لا ينقض بمثله

راجع المادة ١١٦٠ والفقرة الاخيرة من المادة ١٨٠١

سبق القول في الاجتهاد انه رأي العلماء بتفسير الادلة الثلاثة . فاذا اجتهد الامام الصالح للاجتهاد من طبقات الفقهاء، وابدى رأيه في قضية وجرى العمل بموجب تلك الفتوى، فلا يسوغ لنا ان ننقض هذا العمل او ذلك الحكم لمجرد ورود فتوى اخرى تناقضها

كما ان القاضي نفسه اذا عمل باجتهاده في قضية ثم وردت قضية اخرى تشابه تلك فعمل باجتهاد آخر، فعمله هذا الاخير لا يجعل له او لغيره سبباً لنقض الحكم الصادر بناء على الاجتهاد الاول

لان الاجتهاد اذا تعلق به حكم او عمل ، لا ينقض بمثله ، لذلك لا يجوز للحاكم الشافعي ان ينقض الاحكام الصادرة من الحكام الحنفيين لمجرد مخالفتها مذهبه لان مذهبه اجتهاد . ومذهب غيره اجتهاد آخر . والاجتهاد لا ينقض بمثله . وكذا الحنفي اذا حكم بمسئلة حادثة على رأي الامام الاعظم، ثم حدثت مسئلة تضارعها فحكم على رأي الامامين ابي يوسف ومحمد، فمجرد الحكم الثاني لا يؤثر في الحكم الاول ، لان كلا منهما هو اجتهاد . والاجتهاد لا ينقض بمثله

ذلك لان الاجتهاد يحتمل الخطأ والخطأ لا يستبعد حصوله في رأي الواحد بل الاثنين فاكثر . لان العصمة لله . وان كثيراً

مما نظنه صحيحاً الآن نجده غداً او بعد غدٍ خطأ وحيث انه اذا تعلق بالرأي عمل وجب احترام ذلك العمل، لانه قد تعلق به حق لآخر . فالمحكوم له بموجب ذلك الاجتهاد قد اكتسب الحق بالمطالبة بما حكم له به . واذا عدنا انقض الحكم لمجرد اجتهاد آخر نكون نزعنا منه ما اكتسبه من الحق

على ان المقصود من الاجتهاد الذي لا يجوز نقضه، هو ذلك الاجتهاد المشروع الصادر من اهله من المجتهدين والبعيد عن شبهات الخطأ وعن الرجحان عليه . واما الرأي والاجتهاد المنبوذ وغير المعمول به والظاهر خطأه فهذا ينقض باجتهاد آخر راجح ومعمول به

وعلى هذا القياس ترى المحاكم درجات ليصلح الاعلى منها خطأ الادنى، مخافة ان يلحق الناس ظلم وغدر من اتخاذ القضاة احكاماً ظاهرة لخطأ وموجبة الغدر بالمحكوم عليه

مثلاً اذا قضى القاضي بقسمة ملك قسمة قضاء ثم ظهر ان هناك غبناً فاحشاً باحدى الحصص، فسخ الحكم الاول ومنع الغبن الفاحش . وذلك لا يمنع من الفسخ بعلة ان الحكم الاول اجتهاد والثاني اجتهاد وان الاجتهاد لا ينقض بمثله . بل ان هنا ظلماً وقع على احد الشركاء بسبب اخذه الحصة المغبونة غبناً فاحشاً راجع المادة ١١٦٠ (مجلة)

لان شرط الاجتهاد ان يشمل جميع شروطه التي منها ان يكون

حكم الاجتهاد اعطاء كل ذي حق حقه · فوجود الغبن الفاحش في قسمة القضاء مخالف لقصد الشارع ومانع من اعطاء الحق صاحبه · والشرط في القسمة العدالة اي ان تعادل كل حصة رفيقتها معادلة لا غبن فاحشاً فيها، والواجب يقضي بازالة الضرر الحاصل من ذلك الحكم، وهذا لا يتم الا بنقض الحكم وتعديله

وعلى حسب هذه القاعدة تجد المحاكم درجات، ولكل محكمة طرق قانونية لتصحيح احكامها، كما لو صدر حكم غيابي فيصحح بالحكم الوجاهي · وكذلك بطريق اعادة المحاكمة والاعتراض والدخول شخصاً ثالثاً والاستئناف والتمييز مما سوف نذكره في حينه

واذ كان المجتهدون في الشرع متعددين، وكانت الاجتهادات مختلفة ومتعددة — مشت المحاكم الشرعية الحنفية على الاخذ بالاجتهاد الراجح المفتى به

وبعد تأليف المجلة صار الاخذ بالاجتهادات التي قبلتها المجلة دون ما يخالفها من الاجتهادات · واما حيث لا نص في المجلة على شيء فللقاضي ان يعود للاخذ بالاجتهادات المفتي بها المدونة في كتب الشرع · ومتى لم يجد مما هو مفتى به فيأخذ بما بعده من طبقات المسائل

واذ كان لامام المسلمين ان يأمر بالاخذ باجتهاد، ومتى امر فالاخذ به واجب، صدر امر السلطان باتخاذ المجلة دستوراً شرعياً ·

(راجع مقدمة جمعية المجلة)

المادة السابعة عشرة

المشقة تجلب التيسير

راجع المواد ٣٢ و١٨ و١٥ و٢٢ و٢٣ و٣١٣ و٣٩٦ و٩١٦ و٩٤٨ و٩٤٩ و٩٥٧ و٩٦٠ و٩٦٦ و٩٧٢ و١٠٠٣ و١٠٠٤ و١٠٠٥ و١٠٠٦ و١٠٠٧ و١٥٢٣ و١٥٤١ و١٦٠٦ و١٦٥٥ و١٨٠٤ و١١٥٢ و٧٩٩

يعني ان الصعوبة تكون سبباً للتسهيل. وانه عند الضيق يجب التوسع. وعن هذه القاعدة تفرع مسائل شرعية كثيرة جداً. منها الحوالة. والقرض. والحجز. والوكالة. وكذلك فان الفقهاء قد بنوا على هذه القاعدة جميع الرخص والتخفيفات

ان فلسفة القوانين والشرائع تقضي على الحكام والمشترعين والفقهاء والمجتهدين والقضاه عند حصول الضيق ان يظهروا توسيعاً، وعند المشقة تيسيراً

وعن هذا الاصل تفرعت التحليلات الدينية، والسماح في الحياة الاجتماعية، والعفو في الامور الجزائية، والمعذرات في الحياة القانونية والاجتماعية والاهلية ومن امثلة ذلك

ان الانسان لا يقدر ان يعمل بذاته كل شيء يحتاج اليه فالصعوبة او المشقة اوجبت عليه تيسير الامر بالاستعانة بالآخرين والشارع الذي رأى هذه الضرورة شرع باب الاجارة مثلاً وباب الحوالة

فانك وانت دائن لي بمبلغ حصلت لك صعوبة بامر تحصيله ،

حصل لي مشقة في امر الاستحصال على مال اعطيكه . فهذه الصعوبة والمشقة دفعتني ان اسأل زيداً ان يقبل حوالتي عليه . ودفعتك ان تقبل حوالتي على زيد فحصل الاتفاق بين الثلاثة، واحلتك عليه بمالك من دين علي وقبل فكان تيسيراً لتلك المشقة

فكان باب الحوالة . ووضع الشارع لها اصولاً وقواعد، ودعيت انا محيلاً وانت محالاً وهو محالاً عليه والمال محالاً به والعمل حوالة

ومن ذلك انني كنت مضطراً الى دفع اجرة بيتي وليس لي دراهم، فاقترضت من صديق . فتلك المشقة دفعتني الى الاقتراض فكان تيسيراً للمعاش

ومن ذلك اني كنت مضطراً ان ابيع فرسي وكنت مشغولا باشغال لا يتسنى لي تركها ،وكان بيع الفرس في مدينة اخرى اكثر موافقة ، فاني وكلت زيداً ببيع الفرس فوضع الشارع باب الوكالة جلب تيسيراً . لان تلك المشقة استوجبت ذلك

ومنها ان الرجل اذا هجم عليه عدو يريد قتله وحصلت له مشقة وصعوبة في التخلص منه . فان محاولة ذلك العدو قتله اوجب تيسيراً ، فان قتله هو كان مدافعاً عن نفسه ، وخلص من المجازاة ، لان تلك المشقة التي وقع فيها جلبت له التيسير

. ومن ذلك ان ترك المدعي دعواه مدة خمس عشرة سنة يسقط حقه بالادعاء نظراً الى مرور الزمان . وفي الامور التجارية مدة خمس سنوات تكفي لاسقاط السند التجاري اراجع المواد ١٦٦٠ و ١٦٦١

و١٦٦٢ من المجلة والمادة ١٥٦ من قانون التجارة

غير ان بعض اعذار شرعية تجلب تيسيراً من تلك المشقة . ومن هذه الاعذار ما لو مات الدائن عن ولد صغير ، فتمديد مدة مرور الزمان بحق القاصر واجب . وكذلك لو كان المدعى عليه مسافراً او غائباً غيبة منقطعة فعندئذٍ يبتدىء مرور الزمان من تاريخ زوال العذر ، ولا تحسب عليه المدة التي مرت في اثناء قيام العذر

هذه القاعدة المهمة مناسبة للاحوال الاجتماعية ومؤيدة بنص الكتاب حيث قال : «وما جَعَلَ عليكم في الدين من حرج» . وقال ايضاً «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر» وجاء في الحديث الشريف : لا حرج في الدين

اسباب التخفيف سبعة

الاول حالة السفر وهذه على نوعين النوع الاول مدة ثلاثة ايام سفر بالسير المعتدل يعني ١٨ ساعة مشياً وهي عذر في مسئلة مرور الزمان (راجع المادة ١٦٦٣ من المجلة)

النوع الثاني من حالات السفر : وهو ما ليس مسافة بعيدة كما ذكرنا فهذه لا تعد عذراً مدنياً ولا تحسب عذراً بمسئلة مرور الزمان . وانما هي عذر ديني فانها عذر في صيام رمضان وصلاة الجمعة

الثاني حالة المرض هذه من حالات التخفيف في الامور الدينية .

على انها في الامور المدنية اي في المعاملات توجب حجر المريض عند شدة المرض، وفي مرض الموت عن مثل الاقرار الخ

لذلك يقدم و يرجح اقرار الرجل الصحيح بدين على اقراره في مرض موته راجع المادة ١٦٠٢ من المجلة. وكذلك لا ينفذ اقراره لوارثه في مرض الموت بعين او دين الا بعد تصديق بقية الورثة واجازتهم وكذلك لا يصح ايصاؤه باكثر من ثلث ماله في حالة مرض الموت (مادة ١٥٩٨ من المجلة)

الحالة الثالثة: الاكراه (راجع المواد ١٠٠٣ و١٠٠٤ و١٠٠٥ من المجلة) وهو نوعان ملجئ وغير ملجئ (مادة ٩٤٩). فالاكراه الملجئ معتبر في التصرفات القولية والفعلية فلو حصل اكراه ملجئ باجبار زيد على بيع او اجارة او رهن، فما عمله من هذه التصرفات القولية لا يكون صحيحاً. و يحق له عند زوال المانع فسخ كل ذلك

وهو كذلك غير مسؤول عما جنى فيما لو اخذ مالاً او اتلف حيواناً او فعل اي شيء كان من اعماله تحت الاكراه الملجئ. ولا عقاب عليه

الاكراه غير الملجئ يقبل و يعتبر من الاسباب المخففة في التصرفات القولية فقط

على انه سواء أكان الاكراه ملجئاً او غير ملجئ لا يعتبر الا في حالة حصوله. و بعد زواله يحق للمكره فسخ ما جرى من العقود، غير انه اذا اجاز العمل بعد زوال الاكراه اصبح مسؤولاً عنه ولا تخفيف

بحقه وتعتبر التصرفات القولية والفعلية التي يتمها بعد زوال الاكراه مثلاً لو اكره رجل آخر اكراهاً ملجئاً بان كلفه اطلاق الرصاص على دابة زيد ففعل . ثم ذهب المكره في سبيله وزالت حالت الاكراه فعاد المكره الى اطلاق الرصاص من تلقاء نفسه وارادته، فاتم قتل الدابة عاد مسؤولاً لتحقيق نية الاتلاف

وكذلك لو باع مكرهاً فرسه وسلمه، دون ان يقبض الثمن بل كان الثمن ديناً نسيئة ، و بعد زوال حالة الاكراه جاء يوم الاستحقاق او قبله وقبض الثمن فقد اعتبر البيع بحقه

الحلة الرابعة : النسيان — ان اثر ذلك ظاهر في امور العبادة وليس معتبراً في امور المعاملات المدنية

الحالة الخامسة : الجهل — ان الجهل ليس بعذر مطلقاً . ولكن المقصود بهذا جهل القوانين والوصايا . فليس بعذر : ان اقول اني اجهل القانون ولذلك لم اعمل ما اوجبه علي . واذ يكون الجهل متعلقاً بالمعاملات فينظر : هل كان الامر خفياً ام لا فان كان خفياً ام لا . فان كان خفياً اعتبر الجهل عذراً والا فلا

مثل ذلك لو جاء زيد واستأجر من بكر داراً ليسكنها مع عياله . فانه بمجرد الاستئجار يكون معترفاً ان هذه الدار هي ليست له هو بل للمؤجر او لمن كان المؤجر وكيلاً عنه، ثم ظهر ان وجد في اوراق والده المتوفى ان والده كان اشترى هذه الدار له اي لزيد لما كان بعد

صغير أومات والده وهو بعد لم يعلم بذلك . فدعواه هذه مسموعة . و يحكم له فيها متى تأيدت بالدليل بملكية الدار، مع اعترافه عند الاستئجار بملكية بكر لها

ومن ذلك ما لو جهل الشفيع الثمن فمتى علم به يطالب بالشفعة . وذلك لان الجهل مع الأمر الخفي معتبر عذراً (انظر مادة ١٦٥٥ من المجلة) . ولكن لو جاء يقول انا لا اعلم ان الشرع حدد مدة مرور الزمان خمس عشرة سنة، ولاني اجهل هذا الامر الشرعي ادعي اليوم ولو بعد فوات تلك المدة، فاطلب سماع دعواي . فلا يقبل له الجهل عذراً

الحالة السادسة : العسر وعموم البلوى كما مر بيانه . فجاز القرض والحالة والشركة والصلح والوكالة والاجارة والعارية والوديعة وغيرها من العقود المشروعة فكلها مسببة عن العسر وعموم البلوى . ومنها البيوع التي تحصل في زمن المخمصة وهي المجاعة الشديدة

الحالة السابعة : النقص كما في الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه، فهؤلاء نظراً لى ما في عقولهم واجسامهم من نقصان — قد وضعت لهم احكام خاصة فيها تخفيف في حقهم ورخصة شرعية

اعلم ان هذه القاعدة اي « قاعدة المشقة تجلب التيسير » لا تجري على اطلاقها بل انما تجري حيث لا نص يمنع . واما متى وجد نص فالعمل واجب، ما كان النص

المادة الثامنة عشرة

الامر اذا ضاق اتسع

قال في الاشباه : « ذكر بعضهم ان الامر اذا ضاق اتسع واذا اتسع ضاق » .

وقال الحموي: ان هذه القاعدة مما وضعه الامام الشافعي

وقال الحموي في شرحه الاشباه : وهذه القاعدة بمعنى قاعدة المشقة تجلب التيسير

ان هذه المادة تجري فيها احكام المادة الرابعة عشرة السابقة الذكر

وقد قال الامام الغزالي « كلما جاوز من حده انقلب الى ضده »

مثال ذلك : ان الصبي اذا اتلف مال احد الناس لزمه الضمان من ماله . واذا لم يكن له مال فينتظر الى حال يسره . ولا يضمن وليه اووصيه شيئاً (مادة ٩١٦ من المجلة)

المادة التاسعة عشرة

لا ضرر ولا ضرر

راجع المواد ١٢٥ و ٩٢١ و ١١٤٢ الى ١١٤٤ و ١٣١٣ و ١٣١٩ و ١٣٢٠ و ١٣٢٤

مثلاً لو هدم واحد حائط الآخر فلا يجوز لصاحب الحائط ان

يقابله بهدم حائطه ، او بضرر آخر كقطع شجرته ، او اتلاف حيوانه . بل يجب عليه ان يرجع في امره الى الحاكم انظر (المادة ٩١٨ من المجلة)
فكما انه لا يجوز الضرر ابتداء لا يجوز بالمقابلة

وفي القوانين الجزائية ان كل من يحصل حقه عنوة — وهو مقتدر على الرجوع الى الحاكم يعاقب، وذلك منعاً للناس من تحصيل حقهم بانفسهم، لما يحصل عن ذلك من الخلافات والمظالم والمناحرات

ان لهذه المادة حكمين احدهما وهو الاول ان لا ضرر . والثاني هو ان لاضرار اي لا مقابلة بالضرر . وهذه المادة مأخوذة عن الحديث الشريف «لاضرر ولا ضرار في الاسلام»

ان جميع الاديان والشرائع تمنع ايقاع الضرر في الناس وتحتم على تابعيها ان يتجنبوا ايقاع المظالم

وقد سنت احكام منها حقوقية ومنها جزائية لمنع الضرر . فلو سرق احد مال الآخر، ترتب على عمله هذا حكمان الاول اعادة المال المسروق وهو امر حقوقي ، والثاني مجازاة السارق وهو امر جزائي ، وذلك فضلاً عما يلحقه من العقوبات الدينية

واذ كانت الحكومات انما وجدت للمحافظة على البشر . ومنعهم من اضرار بعضهم بعضاً، فهي قد منعت الانتقام واخذ الثأر ومقابلة الضرر بالضرر

فكما انه ممنوع عليك ان تأخـذ مالي ، وتهدم حائطي ، وتتلف حيواني . وتقطع شجري ، وتشتمني الخ - منع علي كل ذلك ولو بالمقابلة الا في حالات منها!

عدم امكان استحصال حقي بواسطة الحكومة اي عند ما لا تسمح لي الفرص بالرجوع الى الحكومة

ومن ذلك ما لو شهر علي لص مسدساً ليقتلني وحاولت الفرار منه فلم اجـد للنجاة سبيلاً وكان مصمماً قتلي فاني اضطر الى دفعه بضرر يمنعه عن اكمال عمله فاجرحه او اقتله . غير انه ليس لي اذا جرحتـه فتمكنت من الخلاص منه ان اعود فاقتله

﴿ المادة العشرون ﴾

الضرر يزال

مثلاً اذا كان لاحد بئر ماء ، وجاء جاره فحفر لنفسه كنيفاً، اوحفرة ماء قذر ، فتسربت المياه والقذر ورشحت الى البئر، فهذا الضرر الحادث يؤمر بازالته . وان امتنع فيزال بحكم الشرع وان كانت ازالته لا تحصل الا بسدّ الكنيف والحفرة فتسدّ جبراً عليـه (راجع مادة ١٢١٢ من المجلة)

واعلم ان هذه المادة بمقام تتمة للمادة السابقة . فكأنه قال لا ضرر

ولاضرار بل ان الضرر يزال وهاتان القاعدتان مكملة الواحدة منهما للاخرى

والقصد هو منع حصول الاضرار وازالتها

وهما لا تجري احكامهما الا عند عدم وجود النص . ولكن اذا وجد نص فيعمل به

ومما تجري به احكام هذه المادة هو المواد الاتية:

٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ و ٣١ و ٣٢ . فيرى ان هذه المواد هي متفرعة عن هاتين المادتين . وكذلك متفرع عنها جميع مسائل الحيطان ومسائل القسمة الجبرية وانواع الخيارات والشفعة ونصب القضاة والاحكام والمسائل الواردة في مواد ٥٤٥ و ٥٤٦ و ٥٤٨ و ٥٥٢ و ٥٦٦ و ٥٥٧ و ٥٩٤ و ٦٠٢ و ٦٠٣ و ٦٠٤ و ٦٠٦ و ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٦١١ و ٨٩١ و ٩١٢ و ٩١٣ و ٩١٤ و ٩١٦ و ١٢٠٠ و ١٢٠١ و ١٢٠٢ و ١٢٠٦ و ١٢١٢ و ١٢١٤ من المجلة فلتراجع هناك

وعلى سبيل المثال ، نذكر: انه لو كان لرجل شجرة في ملكه امتدت اغصانها على ملك جاره وحصل له فيها اي ضرر كان ، يؤمر بقطع ما هو فوق ملك الجار . ومن ذلك انه لو باع صاحب الدار داره بثمن معلوم من آخر حق لجيرانه بحسب الطبقات من الجوار ، والاشتراك — ان يشتروا الملك جبراً بحكم الشفعة . لان انزال شخص آخر الى جوارهم قد

يضر بهم . او ما رأيت ان الجوار، يغلي و يرخص الديار

ومنه لو بنى الجار حائطاً ملاصقاً لغرفة جاره فسد عليه النوافذ والكوى، ولم يعد النور يدخل الغرفة الا من الباب فيؤمر الباني بهدم الحائط وترك مدخل كاف للنور، لان الباب لا يعتبر كافياً، اذ يحصل دائماً ما يوجب اقفاله . وعند اقفاله واغلاقه يمتنع امكان السكنى بلا نور . وقياس ما يجب من النور للغرفة هو ما يمكن معه القراءة عند اغلاق الباب بلا سراج ومن ذلك لو كان لك نحل تخرج من خلاياها الى بستاني، وتتلف ازهاره . فانك مأمور شرعاً بازالة ذلك الضرر بنقل خلايا النحل الى محل بعيد او باتخاذ واسطة اخرى تمنع عني الضرر . فان لم تفعل الزمك الحاكم . والقصد من نقل النحل رفع الضرر على قدر المعتاد

المادة الحادية والعشرون

الضرورات تبيح المحظورات

اي ان الضرورات والاضطرارات تجعل ما كان ممنوعاً وحراماً شرعاً — مباحاً

هذه المادة مرتبطة بالمادة ١٧ القائلة «ان المشقة تجلب التيسير» والمقصد الشرعي والاجتماعي من هذه المادة: هو ان الانسان المكلف اذا حصل له ما يضطره الى عمله فعمله، يكون ذلك الممنوع من الاعمال، قد حصل برخصة وعذر شرعي . ومعنى الضرورة هو العذر الذي يجيز عمل ما هو ممنوع ، ومعنى الاباحة هو تساوي الطرفين اي طرف العمل

وطرف عدم العمل اي العمل وعدم العمل ، فانت حر ان شئت عملت ولم تكن مسؤولاً ، وان شئت تركت ولست مسؤولاً فشرب الخمر مثلاً ممنوع على المسلم . واما اذا كان مريضاً فوصف له الطبيب الخمر وهو لا يجد سواها علاجاً ، فقد زال المنع بحكم الضرورة

ومن ذلك لو كان رجل جائعاً في البرية ، ووجد حيواناً ميتاً فاكل منه ، فانه بذلك يخالف النهي الشرعي عن اكل الميت . غير انه بمخالفته هذه — كان معذوراً لانه جائع ، وضرورة الجوع ادت به الى ذلك

ومنه في باب المعاملات ان اخذ مال الناس واكله ممنوع ، وموجب الضمان ، فلو مررت بكرم وانت جائع ، فلا مانع من اكلك ما تسد به جوعك

وهكذا شربك من مائه المحرز في جرته

وهكذا ما تفعله مكرهاً

راجع المادة ١٠٠٧ في شأن الاكراه

المادة الثانية والعشرون

الضرورات تقدر بقدرها

راجع المواد ١٢٠٢ و١٣١٧ و١٦٤٢ و١٦٨٥

ان تعبير هذه المادة مغلوط فيه لان اصل هذه المادة مأخوذ عن ابن نجيم كما ورد في كتاب الاشباه وهو « ما ابيح لضرورة

يقدر بقدرها» وقد ذكر الحموي في كتاب المجامع« ان الثابت بالضرورة يقدر بقدره»

ولا يخفى ان جمعية الجملة لما ترجمت هذه القاعدة -- قالت ان الضرورات تقدر بقدرها ، وهكذا ترجموها للغة العربية : مع ان التعبير بالصورة الواردة لا يفيد حكماً . لان قياس الشيء بنفسه باطل ، فقياس الضرورة بقدرها قياس باطل واما قياس المباح لاجل الضرورة بقدر الضرورة - فقياس صحيح ،ومعنى شرعي ظاهر مفهوم ،يفيد ان المرء اذا ابيح له لاجل الضرورة شيء مخالف في الاصل للشرع فعليه ان يقدر ذلك المباح بقدر الضرورة التي كانت سبباً للاباحة

ولعل في التعبير حذفاً تقديره ان « مقتضى» الضرورة الخ . وذلك ما لا تنفيه قواعد العربية

فشرب الخمر مثلاً ممنوع على المسلم كما مر . فاذا الضرورة قضت عليه ان يشربها للتداوي ،فيقاس المقدار المباح الشرب به بقياس ضرورة المرض ، فلا يجب ان يزيد عليه ، فمتى حصل الشفاء امتنع الشرب

وكذلك اكل مال الناس عند الجوع ، فضرورة الجوع سمحت مبيحة اكل مال الآخر بنية التعويض ولاستسماح . واما بعدا كل ما يسد الرمق و يمنع ضرورة الجوع فلا يجوز الاكل قبل سابق الاستئذان لان اباحة الاكل تقدر بقدر ضرورة الجوع

ومن امثلة ذلك: ان فتحي شبا كاً او باباً داري يطل على مقرنساء

جاري ، يوجب له ضرراً هو ضرر الاطلال على نسائه وفيه ما فيه من مخالفة الآداب العامة ، ومن التضييق على النساء في رواحهن وقعودهن فالشارع يأمر بمنع الاشراف عليهن وازالة ذلك الضرر ، ولكنه يكتفي بان ارفع ستاراً خشبياً على ما هو فوق قامة الانسان ولا يجبرني على سد كل النافذة او الشباك ، فيقدر الاباحة باستعمالي النور والهواء بمقدار الضرر الذي يحصل لي من عدم وجوده . وفي مثل هذه الاحوال لا بد من احدى حالات خمس هي :

الضرورة والحاجة والمنفعة والزينة والفضول

اما الاولى : وهي الضرورة ، فعليها مدار بحثنا ، وهي ما يستلزم الهلاك فدرءاً لها اباح الشارع الحرام والممنوع ، كما ذكرنا في مثالي الشرب والأكل ، ومثال الاشراف

والثانية : هي الحاجة ، فهذه وان لم تكن بحكم الضرورة ، الا انها تتضمن المشقة والجهد ، كما لو كان في حالة من الجوع غير مهلكة ، ولكنه جائع جوعاً يستلزم صبراً وجهداً ، فقد حل له الفطر في صيامه ، ولكنه لم يبح له الحرام من المأكولات

الثالثة : المنفعة ، كما لو رغب في اكل لحم الغنم ، وخبز البر عوضاً عن غيرهما من الخبز واللحم ، فهذه لا تحلل حراماً ولا تبيح محظوراً

الرابعة : الزينة ، وهي من الكماليات في الترف كالرغبة في لبس الحرير الخ . فهذه لا حكم لها في ما نحن في صدده

الخامس : الفضول ، وهو التوسع في الأكل حتى اكل الحرام وعمل الشبهات

وهذا ايضاً لا يحول دون تحمل الحقوق والعقوبات

المادة الثالثة والعشرون

ما جاز لعذر بطل بزواله اي بزوال ذلك العذر

المواد ١٧٥١ و٩٥٨ و٩٧٠ و٩٦٧

وهذه القاعدة هي قريبة من القاعدة السابقة ، وتضارعها في بعض معناها . وهي ايضاً مثلها متفرعة عن قاعدة « الضرر يزال »

يعني ان ما كان في حد ذاته من الامور غير جائز ، ثم جاز بسبب عذر ، فعندما زال العذر بطل الجواز وعاد الامر لاصله ، وهو عدم الجواز لانه كما سيأتي في المادة الآتية « متى زال المانع عاد الممنوع »

ومن امثله هذه القاعدة : الحجر على السفيه (انظر مادة ٩٥٨ من المجلة) . فانك تجد ان القاضي يحجر على الرجل السفيه المبذر امواله نفعاً للرجل نفسه ولاهله . ولذلك يحجر على المفلس المديون . والحجر يتناول منعه من تعاطي التصرفات القولية

غير ان هذا العذر الشرعي قد يزول اما بعودة السفيه الى كسب صلاحه ، واما بايفاء المفلس المديون ديونه ، فعندئذ يبطل الحجر لانه انما جاز لعذر وقد زال العذر . ومتى زال العذر بطل ما جاز لاجله

ومن امثلتها : ان المستأجر والمؤجر يحق لهما ان يفسخا الاجارة

فيما لو عرض للمأجور عارض كسقط الدار ، ومرض الدابة . ولكن اذا صلحت الدار وشفيت الدابة قبل وقوع الفسخ تعود الاجارة ويمنع على من يريد منهم فسخ الاجارة لذلك العذر . لان العذر زال وبزواله بطل الجواز

وكذلك لو آجر داره وسلمها الا غرفة ابقاها دون اذن المستأجر مشغولة باشيائه – فالمستأجر بالخيار : ان شاء فسخ الاجارة وان شاء اجاز على الباقي . غير انه لو اخلى المؤجر تلك الغرفة بطل العذر الذي اجاز للمستأجر خيار الفسخ

المادة الرابعة والعشرون

اذا زال المانع عاد الممنوع

المواد ٣٤٧و٦٤٧ و١٦٥٣ و١٦٥٧

يعني ان ما كان في اصله جائزاً ومشروعاً ، عرض له ما يمنع جوازه وبعد منع جوازه زل ذلك المانع، يعود الجواز الذي كان ممنوعاً بسبب المانع العارض

ومهما كان من القرب والتشابه بين هذه المادة والمادة السابقة ، فان بينهما تبايناً في الموضوع . وهو ان المادة السابقة وضعت قاعدة تبحث عن الامور التي لم تكن في الاصل جائزة وانما جازت لعذر مشروع، فعند زوال العذر تعود الى عدم الجواز . وهذه وضعت لما كان في الاصل جائزاً ثم منع من الجواز بسبب مشروع . فعند زوال السبب المانع من

الجواز يعود الى الاصل الذي هو الجواز ، فالفرق اذن بين واضح

ومن امثلة هذه القاعدة : ان المشتري اذا ظهر له في المبيع بعد تسلمه ودفع ثمنه — عيب قديم ، جاز له شرعاً ، بحق الخيار المدعو بخيار العيب — ان يفسخ البيع و يرد المبيع و يسترد الثمن

غير انه قد يحدث لهذا الجواز الشرعي ما يمنع منه ، كعارض عيب حديث يحدث عند المشتري في المبيع . فلا يعود قادراً على اعادة المبيع بل يبقى له حق باخذ نقصان الثمن الذي نتج عن العيب القديم . لانه لا يحق له ان يعيد المبيع الى صاحبه معيباً بعيب حادث ، ولا يحق للبائع ان يأخذ ثمن مبيع باعتبار انه سالم وهو معيب ، فتقدر الضرورة بقدرها و يقع تقدير الضرر القديم فيحسم من الثمن قدر ذلك العيب بنقصان الثمن

ولكن لو ان العيب الحادث الذي كان مانعاً من جواز رد المبيع بسبب العيب — قد زال بعلاج او غيره ، عاد للمشتري الحق الذي كان منع منه : الا وهو حق جواز الرد . لانه لدى زوال المانع يعود الممنوع

وكذلك اذا لم تقبل شهادة مجنون بسبب المرض ، فعند شفائه يعود جواز قبولها كما لو حمل الرجل شهادة ثم جن ، فعند زوال جنونه يعود الى حق الجواز فتسمع شهادته

كذلك لو اشترى ارضاً بعقد بيع فاسد ثم غرس فيها اشجاراً فلا يجوز للبائع فسخ البيع ، وقد كان جائزاً قبل مانع غرس الاشجار فاذا قطع الاشجار او قلعها هو او أي كان من الناس ، عادت الارض الى

حالها وعاد حقه بالفسخ ، اي حق البائع (راجع مادة ٣٧٢)

ومن امثلة ذلك ان التناقض مانع من سماع الدعوي . ولكن اذا صدّق الخصم او كذّب الحاكم ، فيزول المانع وتسمع الدعوى [راجع المواد ا١٦٤٧ و٥٣ ١٠ و ١٦٥٤ و١٦٥٧ و ١٦١٥ من المجلة]

ومعنى التناقض : هو كلام او عمل يصدر من احد الفريقين ينقض به كلامه او عمله السابق ، كما لو هذا ملكي ، ثم قال هو ملك فلان

المادة الخامسة والعشرون

الضرر لا يزال بمثله

راجع المواد ا١٣٤٥ و١٣٠٢ و١٣١٣

مثلاً ، لو اراد احد الشريكين تعمير الملك المشترك ولم يقبل شريكه الآخر فلا يجبر على التعمير بل يراجع الى الحاكم فيقسم العقار بينهما

هذه القاعدة مأخوذة عن الاشباه والمجامع ، واصلها الضرر لا يزال بالضرر والقصد بوضعها على الصورة الواردة في المجلة : ان الضرر يزال ولكن لا يزال بضرر مثله : كما انه من الاولى ان لا يزال بضرر اشد

ولكنه يزال بضرر اخف . لان بذلك نفعاً للطرفين وهو الفرق بين الضرر الاشد والضرر الاخف وسترى انه : يدفع الضرر العام بالضرر الخاص [مادة ٢٦] وانه لا يزال الضرر الاشد بالضرر الاخف

[مواد ٢٧ و٢٨ و٢٩]

مثل هذه المادة : لو جاء رجل من ارباب الصناعة ماهر في عمله فاتخذ دكاناً في سوق ، فحصل لارباب تلك السوق ضرر من وجوده اما باجادته العمل ، او بمهاودته بالثمن او لشيء آخر ، فلا يجوز ان يمنعوه من تعاطي صنعته في سوقهم لمجرد الضرر . لان بذلك ضرراً عليه يشابه ضررهم منه ، والضرر لا يزال بمثله [راجع مادة ٩٦٥ من المجلة]

وكذلك لو بنى واحد سوقاً بجوار سوق اخرى ، فكسدت السوق الاولى ، ونزلت اجورها ، فلا يحق لصاحب السوق الاولى طلب سد السوق الثانية

وكذلك لا يجوز للجائع والظامىء جوعاً وظمأً شديدين — ان يأكل ويشرب ما للآخر الذي هو ايضاً جائع وظامىء جوعاً وظمأً شديدين ، الا اذا كان في المأكول والمشروب كفاء لهما ، او كانا يزيدان عن حاجة صاحبهما

وينطبق على هذه المادة ايضاً : مثال رد المبيع بعد حدوث عيب عند المشتري . فانه لا يزال الضرر بمثله

في القانون : واما اذا كان الملك المشترك غير قابل للقسمة فقد صدر قانون آخر من الدولة العثمانية وهو ما زال معمولاً به عندنا يقضي ببيع ذلك الملك وقسمة ثمنه بين الشركاء

المادة السادسة والعشرون

يتحمل الضرر الخاص لاجل دفع الضرر العام

ويتفرع عن هذا الاصل • منع الطبيب الجاهل

راجع المواد ١٩١٩ و٩٣٤ و٩٥٨ و٩٥٩

الضرر الخاص هو ما يقع على احد الناس او على بعضهم ، والضرر العام ما يقع على الناس عامة، وعلى اهل محلة او قرية

واذ كان هم الشارع منصرفاً الى المحافظة على المصلحة العامة لما في ذلك من تعميم المنافع للجنس البشري ، فاذا وجد طبيب جاهل او مفتٍ ماجن ، او قاضٍ مرتشٍ ، او مكارٍ مفلس ، او وجد بيت مائل على الطريق ، او اي شخص او شيء كان مضر بمصلحة العامة فلاجل منع الضرر العام يتحمل الضرر الخاص فيمنع الطبيب . و يعزل المفتي . والقاضي . و يحرم الركوب مع المكاري . والتحميل و يهدم البيت المائل و يمنع الضرر

واذا وقع حريق في محلة وهو كثير الوقوع في المدن — وخصوصاً ما بني من الخشب — وظهر انه لا يمكن تداركه ومنع امتداده الا بهدم البيوت المجاورة للطريق ، فتهدم البيوت بامر الحاكم منعاً لسراية الحريق وحصول الضرر العام . و بذلك يتحمل الضرر الخاص لاجل منع الضرر العام

ومن امثلة هذه القاعدة وتفرعاتها : إشراف الحكومة على بيع

المأكولات وتعيين اسعارها منعاً لضرر العامة . وكذلك من هذه الامثلة والفروع احتكار الحكومة في زمن القحط بيع الخبز والمأكولات . ومنها منع الحكومات القمار والمسكرات وسدّ الحانات والمواخير ومراقبة المدارس

والحاصل ان كل عمل اذا حدث منه ضرر للعامة وجب ازالته ، وبازالته ضرر على احد الناس خاصة . فلاجل المصلحة العامة يتحمل الضرر الخاص

المادة السابعة والعشرون

الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف

راجع المادة ٩٠٦ ا

مثلاً : لو ان احداً ورث عن والده ارضاً فغرس فيها شجراً وبنى داراً بما زادت قيمته عن قيمه تلك الارض ، ثم ظهر مستحق

فاذ كان الضرر الغارس والباني اشد من ضرر المستحق ، يحكم ببقاء الارض بيد الاول ، ويلزم هو دفع بدل الارض الى المستحق . وبذلك يكون الضرر الاخف قد احتمل لمنع الضرر الاشد

وهذه القاعدة تظهر لدى الامعان انها فرع عن قاعدة الضرر يزال لاننا لو قسنا مثلاً الضرر الاشد في هذا الحال بالضرر الاخف فقدرنا قيمة الاول مئة والثاني ستين ، رأينا ان مقدار الضرر الذي بقي للاول هوار بعون فلازالة هذا الضرر حكمنا بان تبقى الارض بيده ولازالة الضرر

الذي حصل له متحقق من عدم التمتع بارضه، حكمنا بان يعطى ثمن الارض

راجع المواد ١١٤٤ و١٢٢٤ من المجلة

ومن امثلة ذلك: لو ان فرساً ادخل رأسه في وعاء رجل غير صاحبه ليشرب. ولم يبق بالامكان اخراجه الا باحد امرين: اما كسر الوعاء واما اتلاف الفرس، فاذا كان احدهما اكثر قيمة يبقى، ويتلف الاقل قيمة

ومن امثله هذه القاعدة: لو ابتلعت دجاجة حبة لؤلؤ فصاحب اللؤلؤة يدفع ثمن الدجاجة ويستخرج من بطنها لؤلؤته

ومن ذلك لو وقع من يدك ذهب في دواة جارك التي تساوي عشرين غرشاً، وما امكن استخراجه الا بكسر الوعاء فانك تملك الدواة بثمنها وتأخذها وتستخرج منها ذهبك

ومن ذلك في الاجتماعيات، قتل قاطع الطريق المعتاد السلب وقتل المارة. فان الضرر الخفيف الذي حصل باعدامه الحياة كان منعاً لضرر شديد يقع منه على العامة

المادة الثامنة والعشرون

اذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما

راجع المادة ١٠٠٦

ان هذه المادة متحدة المعنى مع المادة السابقة والمادة الاتية. وقد قال في الاشباه: «ونشأ عن هذه القاعدة قاعدة رابعة: وهي اذا تعارض

مفسدتان روعي اعظمها ضرراً بارتكاب اخفهما »

واذا بدا فرق بين هذه القاعدة والقاعدة السابقة ، فانه من حيث الموضوع اللفظي الناشئ عن الفرق بين الضرر والمفسدة . واما من حيث قياس الواحدة بالاخرى فان الواحدة مقارنة للاخرى ومقيسة عليها . لانك في الاولى تراعي الضرر الاشد فتزيله بالضرر الاخف وفي الثانية تراعي المفسدة الاعظم ضرراً فتتقيها بارتكاب المفسدة الاخف ضرراً

فلو قدر انك اضطررت الى ارتكاب مخالفتين وكانت احداهما اكثر ضرراً ، فانك ترتكب الاخف ضرراً لانه اقرب للصلاح والمنفعة . ومما مثلوا لذلك انك انه لو عرض ان احد الناس التجأ الى آخر من عدو ظالم وآواه ثم جاء عدوه يسأله عنه ، يجيب منكراً وجوده عنده بقصد تخليص الملتجئ من ظالم يقصد اذاه ويتعمد ايقاع الضرر به

فانه في هذه المسئلة تعارضت مفسدتان احداهما الكذب . والثانية قبض الظالم على الملتجئ . فانه ارتكب الكذب بما فيه من عقاب ادبي واخروي ، دفعاً لمفسدة هي اشد منه وهي قتل الملتجئ من يدعدوه – فيما لو قبض عليه – او اذيته . هذا من حيث الوجهة الاجتماعية من غير تعرض لاقتناع الضمير ، وللعلماء والمتكلمين في هذه المسئلة آراء طويلة لا محل لها هنا

ان جميع الشرائع والاديان ، تقضي بعدم ارتكاب المفاسد . ولكن اذا اقتضت الضرورة ارتكاب احدى مفسدتين فترتكب الاخف ضرراً منعاً للضرر الاشد

المادة التاسعة والعشرون

يختار اهون الشرين

هذه المادة لا تختلف عن السابقة الا باختلاف معنى الشر عن معنى المفسدة . وهذا خلاف لفظي فان هذه المادة والمادتين الـ ٢٧ والـ ٢٨ كلها مواد متحدة المؤدى

ومع انه لا حاجه الى اعادة الشرح والتفسير . نرى انه لا بأس من ان نورد مثل الدجاجة لو ابتلعت حجراً كريماً فيختار قتل الدجاجة مع دفع ثمنها لصاحبها على ضياع الحجر الكريم . وذلك لنستطرد الى القول ان هذا الامر جار في المواقف الاخرى من الحياة . ففي الطب وسائر الفنون نرى انهم يقطعون العضو المريض المبتلى ، ابقاء للجسم فانهم يختارون شر القطع على شر الموت

وفي المدارس يختارون شر طرد التلميذ الفاسد الاخلاق ، على شر عدوى رفقائه الصالحين . وفي المبيع المعيب يختارون شر بقائه في يد المشتري لعيب كبير حادث — على شر اعادته لصاحبه الاول ، وقد كان لديه معيباً عيباً جزئياً قديماً

المادة الثلاثون

درء المفاسد اولى من جلب المنافع

هذه قاعدة اجتماعية ايضاً فان علماء الاجتماع وحكومات الارض متفقو الكلمة على انه يجب منع المفاسد ، وان منع المفاسد اولى من جلب المنافع التي من درجتها ، او اخف منها نفعاً ، يعني التي يترتب من جلبها

منافع لا توازي او توازي المنافع التي تحصل من درء المفاسد

وهذه المادة من اخوات المادة ٢٨ ويتفرع عنها: انه لو اختلف الشريكان شركة عقد في أمر ايعملانه ام لا، فيعمل برأي المخالف السلبي: اي الذي لا يريد العمل لانه اولى، فيما اذا لوحظ ضرر ومنفعة. فمنع الضرر اولى من جلب المنفعة لتحقق العذر والشك بالمنفعة. لان الشارع يأمر بان نعنى باتقاء المنهيات اكثر من ان نعنى بالعمل بالمأمورات

ومتى تعارض المانع والمقتضي تقدم المانع

راجع المواد ١١٩٢ و١٢٠٧ و٨ ١٢ من المجلة

واعلم ان العبرة في هذه القواعد انما هي للمنفعة والمضرة. فاذا تغلبت المضرة ارتكبت بتضحية المنفعة. واذا رجحت وتغلبت المنفعة استحصل عليها بارتكاب المضرة

المادة الواحدة والثلاثون
الضرر يدفع بقدر الامكان

المواد ٣٤٥ و٨٩١ و٢ ٢٠

اذا حصل من احد ضرر لآخر فيدفع على قدر الامكان، كما قلنا في وجوب دفع بدل الدجاجة والوعاء وثمن المأكول عند الاضطرار — من اموال الآخرين

ومن امثلة هذه القاعدة وتفرعاتها: ان الاب ملزم ان ينفق على ولده القاصر: فلو امتنع يجبرونه بحبسه. فان ضرر الولد لعدم انفاق ابيه عليه واجب الدفع.

بقدر الامكان ، فاذا كان يحتاج الى عشرة قروش يومياً ، وليس للاب ما يكفي ، وانما هو يمكن ان ينفقه على تحديد خمسة قروش ، فيزال الضرر بقدر الامكان ، وتؤخذ منه خمسة القروش

ومن ذلك لو غصب واحد مال الآخر واستهلكه فانه مامور باعادة عين المال او مثله او قيمته

واذا كان عين المال قد استهلك فله ان يقدم مثله او قيمته عند الغصب وفي مكانه . وذلك بان تقدر قيمة المغصوب يوم الغصب وفي مكان الغصب ، وتؤخذ منه وتعطى صاحب المال المغصوب ، وبذلك دفع للضرر على قدر الامكان . لانه لم يكن بالامكان اعادة العين المغصوبة بالذات

المادة الثانية والثلاثون

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت ام خاصة

المادة ١١٨ والمادة ٣٩٦ وما بعدها حتى آخر كتاب البيع

فتجويز بيع الوفاء هو من هذا القبيل . فعندما كثرت الديون على اهل بخارى وضعت هذه المعاملة نظراً الى الاحتياج اليها

اليس من القواعد الاجتماعية ان الحاجة ام الاختراع ، اليس لمجرد الاحتياج الى شيء — نرى الناس يسعون للحصول عليه

فحالة الاحتياج هي من الاحوال الطبيعية كحالة الضرورة ، وان تكن ليست بقوتها في منزلة المشقة والجهد . فعند عدم وجود حالة الضرورة اذا وجدت حالة الحاجة ، فهل يجوز للانسان ان يستفيد من

المساعدات والرخص الشرعية التي جازله الاستفادة منها عند وجود حالة الضرورة ؟

هذا سؤال اجتماعي خطر على بال واضع هذه القاعدة الشرعية وكان جوابه ما رأيت من ان الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت ام خاصة

وفي الواقع ان الحاجة كانت سبباً لمسائل شرعية عديدة اجيزت استحساناً

ومسئلة بيع الوفاء : ان اهل بخارستان وعاصمتهم بخارى وهم قوم مسلمون حصل لهم ضيق . فكثرت الديون حتى امتنع الناس من اقراض مالهم لان الربا حرام ممنوع ديناً وشرعاً ، وصاحب المال يريد الانتفاع بماله فاذا اقرضه بلا ربا خسر الربح . واذا اخذ رباً خالف الدين والشرع ، فان شارع ذلك الزمان استحساناً ، ولاجل ازالة الضرر العام الناتج عن الحاجة أجاز بيع الوفاء . وهذا البيع هو ان يعطي الواحد الاخر مالا ثمناً لمبيع يتسلمه المشتري وينتفع بريعه وحاصلاته على ان يشرط ان البائع متى رد الثمن يرد عليه المشتري المبيع . فهذا البيع هو بحكم الرهن من حيث الرد والاعارة وبحكم البيع من حيث الانتفاع في المبيع ، وقد قام الريع والحاصل من المبيع مقام الربا الذي كان ممنوعاً . وبهذه ازيل الضرر الذي كان حاصلا وكثرت المداينة والمبايعة وفاء ، وظل المسلمون على مراعاة عقيدتهم من تحريم

الربا الى يومنا هذا

ومتى علمنا ان في عصرنا الحاضر جاز قانوناً اخذ فائدة الاموال والديون، يرد على بالنا: انه كان ينبغي لجمعية المجلة ان لا تدرج بيع الوفاء في ابواب المجلة. لان الرهن يقوم مقامه ولان المداينة بالربا جازت قانوناً وهذا قد خطر على بال بعض منتقدي المجلة. وعنه نجيب: ان المجلة وان كانت تحتوي قسم المعاملات من الشرع، الا انها وضعت لكون دستوراً للعمل في المحاكم النظامية التي تقبل الربا قانوناً، والشرعية التي لا تقبله، ووضعت للمسلم وغير المسلم. وفي مراعاة احكام الشرع مع مراعاة احكام الدين مع حفظ الحقوق والفوائد تفضيل على عدم مراعاة ذلك

فمن اراد ان يراعي دينه ودنياه اتخذ — بحسب اعتقاده — طريقة بيع الوفاء. ولا مانع ان يتخذ من اراد الطريقة الاخرى في المداينة على حسب قانون المرابحة و بعقد الرهن. على انه يجب ان نعلم ان في الرهن لا يجاز الربا ولا يجاز الانتفاع بحاصلات الاملاك المرهونة ومنافعها

ان كلمات فائض وفائدة ونماء، وان كانت تفيد معنى الربا اصطلاحاً، فهي لا تفيد معنى ذلك وضعاً. وان معناها الوضعي هو ان يعطي المديون للدائن ما فاض عن المال المديون به وما نتج من فوائده وما نما عنه، بمعنى انك عندما تأخذ الف غرش قرضاً يحصل لك فوائد منها فتعطيني بعض هذه الفوائد او عوضاً عنه مبلغاً متفقاً عليه.

او ان مالي ينمو لديك بالاستعمال ، فمن بعض نمائه تعوض علي شيئاً متفقاً عليه

ومن امثلة هذه القاعدة اجرة الحمام فانه مع جهالة ما يستهلكه الانسان من ماء وصابون وحطب ، ومايلحقه من اجرة عمل وكل هذه ممايجعل الاجارة واردة على مجهول فتبطل ، غير انه نظراً الى حاجات الناس الى الحمام استحسن الائمة مشروعية دخول الحمام واجرة الحمام ، فهذه المستحسنات يعمل بها اذا منعها النص

المادة الثالثة والثلاثون

الاضطرار لا يبطل حق الغير

راجع المواد ٧٧٢ و١٣١٣

بناءً عليه فمن اكل خبز الآخر لجوعه وجب عليه ثمن الخبز

الاضطرار والحق

الاضطرار اما ان يكون سماوياً واما ان يكون غير سماوي . وان اسعاف المضطر ومساعدته من مقتضيات الشرع والمروءة

والاضطرار السماوي هو ما حصل للناس بغير عمل بشر ، كالجوع والعطش والمرض والاغماء الى آخر ما هنالك من الحالات التي عند حدوثها يضطر الرجل الحاصلة له ان يخرج عن النظام للمحافظة على نفسه اوامواله او نفوس الآخرين ، والاضطرار غير السماوي هو ما

حصل بفعل فاعل من البشر كالاكراه والاجبار وقد رأيت ان الاكراه بين ملجيء وغير ملجيء

والحق هو ما حق للانسان على غيره ، ومنه حقوق الحياة ، وحقوق الله ، وحقوق العامة ، وحقوق الشخص

فحق الله لا نتعرض له في بحثنا الى غير القول ان الله رحيم وهو لا يريد بنا العسر . ولذلك فكثير من حقوقه لا سيما المتعلق منها بالعادات يسقط عند الاضطرار . واما حق العامة وحق الشخص فلا يبطل بالاضطرار منه سوى العقوبات ، واما الحقوق المادية فيضمنها المتلف المضطر او من اكرهه على الاتلاف اكراهاً ملجئاً فمن امثلة ذلك

اولاً : مثل الجائع الذي دفعه الجوع — وهو اضطرار سماوي — الى اكل خبز لآخر . فان المجازاة التي تجب عليه لاكل مال الآخر من عقوبة في الدنيا ام في الآخرة بطلت بحكم الاضطرار . ولكن حق الشخص صاحب الخبز حفظته له الشريعة ولم تبطله لمجرد الاضطرار لان الاضطرار لا يبطل حق الغير . فوجب عليه ثمن الخبز

وكذلك لو ان النهر فاض على مالك واحد وكاد يقتلع بيتين ، فانه تخلصاً من ذلك يفتح بالطريق العام مثلاً مجرى ، موقتاً . فعند نهاية ذلك يضطر الى عمارة ما خرب من الطريق

ومن امثلة ذلك : لو اكرهك مكره على اتلاف مال فان كان

الاكراه ملجئاً ، ضمن المكره قيمة المتلف اومثله، وان لم يكن ملجئاً ضمنت انت (راجع المواد الـ ٧٧٢ و١٣١٣ من المجلة)

المادة الرابعة والثلاثون

ما حرم اخذه حرم اعطاؤه

راجع المواد الـ ١٧٩٦ و١٧٩٨

وهذه قاعدة اجتماعية تهذيبية وشرعية ايضاً :

اذا كان اخذ الشيء حراماً فاعطاؤه حرام ايضاً . وهذه القاعدة لا تعني حالتي الاخذ والعطاء بل تعني صفتي المأخوذ والمعطى

فاذا كان ذلك المال مثلاً مما منع اخذه لاجل صفته كالمحرمات من الاموال فاعطاؤه ايضاً حرام ، فحرام اخذ الربا واعطاؤه ، وحرام اخذ الخمر واعطاؤها بين المسلمين .

ذلك لان هذا المنع حاصل من صفة الشيء نفسه ومنه الرشوة فحرام اخذها وحرام اعطاؤها ولذلك كان العقاب واحداً على الراشي والمرتشي ومثلها الاتجار بالرقيق الابيض . وبيع الحر وشراؤه . فهو في ذاته وصفته ممنوع

———

المادة الخامسة والثلاثون

ما حرم فعله حرم طلبه

قال في الاشباه و يقرب من هذه القاعدة (و يراد القاعدة السابقة) ما حرم فعله حرم طلبه

يعني ان هذه المادة هي بمعنى المادة السابقة من جهة الوضع والقياس وانما هي في الافعال وطلب فعلها

فما لا يجوز لك ان تفعله – لا يجوز لك ان تطلب من آخر – ان يفعله . فكما انه لا يجوز لك ان تظلم الناس، فلا يجوز لك ان تطلب مني ان افعل ذلك . وكما انه لا يجوز لك ان تشهد كذباً فلا يجوز لك ان تكلفني ان اشهد لك كذباً

غير انه في مسئلة اليمين الكاذب – وان كان لا يجوز لك ان تحلف يميناً كاذبة يجوز لك ان تطلب من خصمك ان يحلف اليمين ولو كذب نفسه ، فهذه مسئلة مستثناة من هذه القاعدة (راجع المادة ١٧٤٢)

ويترأى لي ان هذا الطلب كان منك اضطراراً لانك لو لم تكلف خصمك اليمين . فالحاكم يرد دعواك عند عدم الاثبات . لانك عند اضطرارك الى اثبات دعواك بنكول خصمك تطلب اليمين ، وانت معتقد انه لا يحلفها نظراً الى ما كان لك من الثقة بذمته ، ومن المحتمل من الغالب عندك انه لا يتقدم لحلف اليمين الكاذبة . فلم تكن بطلبك اليمين

حنه مع علمك انـه اذا حلفها يحلفها كاذبة = آثما ولا كنت مخطئا

واعلم ان ما لا يجوز اخذه ولا اعطاؤه ولا فعـله ولا طلب فعله — لا يجوز شرعاً التوسط به، ولا الامر باجرائه ، ولا المعاونة عليه ولذلك كانت القواعد المعينة للمتوسط المعين والآمر والشريك بمواد الغصب والرشوة والقتل والسرقة والضرب والجرح وما ماثل ذلك من المحرمات — قواعد متفرعة عن هذين الاصلين الواردين في المادتين ال٣٤ و ٣٥

المادة السادسة والثلاثون

العادة محكمة

راجع المواد ال٣٠ و٢٣٣ و٢٩١ و٣٥٣ و٥٢٧ و٥٢٨ و٥٤١ و ٥٤٢ و٥٧٤ و٥٧٦ و٦٢٢ و٨١٦ و٨٢٦ و ٨٢٩ و ١٣٣٩ و ١٣٤٠ و ١٤١٤ و١٤١٥ و١٥٨٤ و١٦٢٦

يعني ان العادة تعتبر حكماً لاثبات حكم شرعي سواء أكانت العادة عامة او خاصة

اعلم ان من جملة اركان قوانين العالم وشرائعـه العادة والعرف لانهـما يدلان على طبيعة الامة . فالامة التي من عاداتهـا اداء الحق وتحصيل الدين، يدلك فيها ذلك على طبيعة صالحة متأصلة في الاخلاق . وان من مصلحة الامة المحافظة عليها لانها لو كانت مخالفة ومضرة لمصلحة الامـة ما عاشت واطردت تلك العادة، لان العادة لا تثبت الا اذا وافقت اميال القوم وعقولهم، واتفقت مع مصالحهم كلهم

والاطراد صفة من صفات العادة ومميزاتها والا فلا تعتبر عادة بل زيا، وانت تدري سرعة زوال الازياء والعادات التى لا تطرد ولا يغلب استعمالها

ولا حكم يترتب على العادة التي تخالف الآداب والقوانين

وللعادات انواع فلكل قوم عاداتهم ولكل امة بل لكل مدينة او قرية، ولكل حي او محلة، ولكل صنف من اصناف التجار، ولكل زمن من الازمان عادات

فهنالك عادات العرب، وعادات الافرنج، وعادات بيروت، وعادات محلة راس بيروت، وعادات التجار، وعادات الصاغة، وعادات البحارة، وعادات الحصادين، وعادات الفلاحين، الى آخر ما هنالك من صنوف البشر، ومختلف الامم وازمنة التاريخ، كعادات العصر التاسع عشر وعادات القرن العشرين

وقد اتخذت الامم العادات ركنا في شرائعها. فمنها من اتخذتها قانونا في القضاء كالانكليز الذين يقضون استنادا على العرف والعادة. ومنهم من جمعها في كتب وجعلها جزءا مهما من قانونه كالافرنسيين، وبعضهم وان لم يجمعها في كتب الا انه ترك للقضاة الحكم بالاستناد اليها في مواضع معلومة

واما الشريعة الاسلامية، فقد اعتبرت العرف والعادة من جملة اركان الشرع وادلته. ولذلك ترى ان القواعد الفقهية في مواد ٣٦ و٣٧ و٣٨ وما بعدها حتى آخر المادة ٤٥ تبحث عن هذه العادات، وذلك

العرف. وتوضح كيفية قبولها في الحكم

من امثلة العرف العام ما ورد في المادة ال ٣٤٥ من المجلة : اذا اشترى مئة بيضة ثم ظهر له في المئة منها ثلاث فاسدة لا يحق له الرجوع بها، ولا فسخ البيع. لان العرف العام يؤيد كون وجود عدد قليل كهذا من البيض الفاسد في مئة بيضة يتسامح به و يعتبر البيع صحيحاً في جميعها

ومن امثلة العرف الخاص ما جاء في المادة ال ٤٩٥ من المجلة: لو استأجر احد عاملاً ليعمل له يوماً ثم اختلفا في اية ساعة يبدأ العمل، وفي اي ساعة ينتهي: أعند طلوع الشمس الى غروبها، ام من الصباح حتى العصر

فالمعتبر في ذلك انما هو عادة وعرف البلد فالعادة فيه محكمة

المحكمة (بتشديد الكاف مفتوحة اسم مفعول من التحكيم) فكما ان للفريقين ان يحكما (بتشديد الكاف مع كسر) احد الناس بما بينهما من خلاف ،وهو يحكم بما حكم به حكماً — يعتبر بمثابة حكم القاضي وقوته كذلك اذا تعذرت معرفة امر شرعي فانما تحكم فيه العادة

العرف والعادة : اما العرف والعادة وان كان بعض الفقهاء قد رأى ان العرف، شيء غير العادة. فقال ان ثبوت العادة يحصل بتكرار وقوعها مراراً كثيرة، وقال ان العرف ما اشتهر بشهادة اصحاب العقول السليمة خالياً من القدح والذم — الا ان الاكثرية الغالبة قررت اعتبار العرف والعادة بمعنى واحد وانهما كلمتان قد وضعتا لمقصد شرعي واحد

وعلى هذا جرت جمعية المجلة فاعتبرت العرف والعادة بمعنى واحد

والعرف والعادة يجب لتحقيقهما

اولاً : الاطراد والغالبية في التكرر

ثانياً : الشيوع بين الناس

ثالثاً : ان يقبلا لدى اصحاب العقول السليمة ، وان يكونا غير مذمومين ولا مقدوح بهما

رابعاً : ان لا تكون العادة ممنوعة شرعاً

فبناءً على ذلك لا يحسب عادة صالحة للتحكيم – ما كان في العادات جديداً ، او غير شائع ، او مذموماً لاصحاب العقول السليمة او ممنوعاً في الشرع

كما انه لو حصلت عادة جديدة فقبلها العقل وغلبت او اطردت وشاعت ، ولم تخالف الشرع ، فحكمها لا يسري الى ما حصل قبل حدوثها من المعاهدات والقضايا لان القانون لا يجري على ما قبله ، ولانها عادة طارئة

ومعلوم ان اصحاب العقول السليمة الذين يقبلون العادة ولا يذمونها ، ليسوا من صنف واحد من الناس لان الخلق صنوف

و بالنظر الى ذلك والى ما قدمناه من ان لكل بلاد وزمان وصنف امة عاداتهم ، نرى ان العادة اما ان تكون عامة تشمل جميع ابناء البلاد ، او تكون خاصة تشمل قسماً معيناً منهم

فمن هذه الجهة تقسم العادة الى قسمين عام وخاص

كما انها تثبت مرة في قول ، ومرة في عمل ، فكانت على نوعين آخرين ايضاً : وهما عملي وقولي

العرف القولي ، هو ما نراه من استعمال الكلام لغير ما وضع له ، فاننا نستعمل كلمة الاصطلاح لغير ما كانت وضعت له الكلمة في اصل اللغة وذلك كتعارف قوم او صنف من الناس على استعمال الاسم لغير ما وضع له : مثلاً «ذهب» فهذه الكلمة وضعت اسماً للمعدن المعروف غير ان الناس واصحاب المصالح اطلقت اصطلاحاً لفظة ذهب على الدينار الذهبي ويطلق عليه اليوم اسم (الليرة) . فلو قال احد للآخر اقرضني مئة ذهب اواشتريت ذاك المال منك بخمسين ذهباً ، فان العادة والعرف القولي قد صرفا الذهن الى الليرات الذهبية المتداولة في العرف

كما ان كلمة ورق باتت اليوم في هذا الحكم ايضاً فمئة ورقه تعني عرفاً وعادة — غير ما تعني ورقة الكتابة . وذلك في نحو قولنا اقرضني اواقبض مني مئة ورقة

واما العرف العملي فمنه ماجاء في المادة ١٢٣٣ من المجلة : انه اذا باع واحد من الآخر بغلا يتبع البغل في البيع — بلا ذكر — الجلال والرسن : وفي بعض محال سائر ادواته كالظهارة والمخلاة . فهذا عرف عملي قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً بالنظر الى شيوعه في محل البيع او كل في البلاد

ومن امثلة العملي تعارفنا على اكل لحم الضأن والبقر دون اكل الخيل .

فمتى ارسلت رسولاً ليشتري لك لحماً ، فاشترى لك لحم خيل بدلالة اطلاق اللفظ، يحق لك ردّ اللحم وعدم قبوله لان الفعل المعروف في البلد هو فعل اكل اللحم – يؤيد كون اللحم اما ان يكون لحم ضأن او بقر او غيره مما شاع في المدينة أكله دون لحم الخيل لعدم شيوعه

اذا اختلف اثنان في امر: يرجع في تحقيق العرف والعادة الى الطرق التي يراها القاضي الموكول اليه الحكم كافية لاثبات الحقيقة وكشفها. فبين التجار تسأل غرف التجارة وبين اصناف الخلق رؤساء الاصناف ووجوههم وبين سواد الخلق يثبت ذلك بالبينة وسائر الحكم

احكام العرف والعادة اي فائدتها في الحكم: ان الشرع ينص عنه ان ما لا نص شرعاً فيه من الخصوصات، تعتبر فيه العادة وتحكم لان استعمال الناس حجة يجب العمل بها المادة ٣٧

اما المنصوص عنه شرعاً ، فهو على نوعين اما ان يكون مأخذه العرف والعادة . واما ان لا يكون كذلك فان كان من الاول فالعرف والعادة معتبران وحكمها يرجح . وان كان من الثاني فالنص الشرعي اقطع واولى بالاتباع . لان العرف والعادة ليس اقوى من النص الشرعي . ومتى تعارض القوي والضعيف من الآراء يعمل بالقوي . وان الشارع متى نص عن امر شرعي مخالف للعادات، فانما يقصد بذلك اصلاحاً وتحسيناً في المجتمع البشري

ومن يراجع مقدمة المجلة يجد ان جمعية المجلة ذكرت فيها ما خلاصته : ان الامام الاعظم والامام محمداً (وفي رواية ابا يوسف ايضاً) — يصرحون ان العرف لا يعارض النص عند تعارضهما

ولكن في رواية اخرى لابي يوسف انه اذا تعارض النص والعرف في حالة كانت مأخوذة عن العادات يقوى العرف و يعمل به والا فيعمل بالنص

وقد اخذت جمعية المجلة بقول ابي يوسف لانه اقرب الى مصلحة العباد في هذا الزمان ، ولانه جرب القضاء في الناس ، وعرفت قوة احكام العادات فيهم

مثلاً في الاخذ والعطاء . في الزيتون والقمح والذهب والفضة ، ابالوزن تباع ام بالكيل ام بالعد ، فالعبرة فيها للعادات في زمن البيع ومهما كان من امر تلك العادات ، فانها معتبرة ولو خالفت النص الذي ورد في زمن الائمة مخالفاً للعادات الحاضرة

فقد جاء النص ببيعها وشرائها بالوزن

وجاء تعامل زماننا بوزن القمح او كيله وكذلك الزيت . والذهب والفضة بالعدد : فئة ذهب ، وعشرون ريالاً ، وخمسون كيلاً من الحنطة وسبعون قلة من الزيت

فالعرف هو المعمول به لان لا شيء بذلك يخالف قصد الشارع وهو اعطاء كل واحد حقه

ان اكثر ما يستعمل من العرف والعادات في القضايا هو ما يقع عليه الخلاف بين التجار . وقد تبين لك ان المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

واعلم ان ما لا نص عليه في قانون التجارة وغيره من القوانين الموضوعة ، خصوصاً ، لامر يعاد فيه الى الاحكام الشرعية الفقهية فرأيت ان اوضح لكم احكام العادات في الشرع والتجارة على ما يأتي :

اولا : يعتبر العرف الذي لا صراحة شرعية او قانونية تمنعه لان استعمال الناس حجة

ثانياً : يسقط حكم العادة المعروفة بين التجار عند ما تخالف الشرع وقانون التجارة . وهذه الفقرة الثانية نتيجة طبيعية للفقرة الاولى

ومن امثلة هذين البندين ما جاء في المجلة في المادة ١٠٧٦ : انه اذا زرع الشريك الارض المشتركة دون اذن شريكه ، فلا يحق للشريك الآخر ان يطالبه بحصته من الغلة بحسب عادة البلدة كالثلث او الربع . لانه يعتبر متصرفاً في ملك نفسه على تأويل ملك والبذر منه والعمل عمله هذا مثال فقهي

وقد ورد في المادة ١٢٩ من قانون التجارة : ان جميع المساعدات والمراعيات وما هو من قبل عادات البلدة المتعلقة في تمديد مهل البوليسه قد الغيت . فبناء على هذا النص لا عبرة لجميع العادات الشائعة لتمديد موعد البوليسة (وهي تقارب معنى السفتجة قديماً)

ثالثاً : ان العرف العام يثبت حكماً عاماً

رابعاً : ان العرف الخاص يثبت حكماً خاصاً

خامساً : ان العادات تفسر العقود

يعني ان العادات لا تفسخ ولا تلغي العقود بل تفسر احكامها لفظاً وحكماً . مثلاً لو تعاقدت وصاحب «كاراج» على نقلك وعيالك الى طرابلس ، فالعادة تفسر هذا العقد بان يحق له ان يرسلك مع اية سيارة كانت واي سائق رآه مناسباً ويحق لك ان تاخذ معك من الاشياء والحوائج ما اعتاد الناس اخذ مثله معك

سادساً : ان العادات تفسر الشريعة والقانون فاذا وجد في القانون او الشريعة غموض ، فعند تفسيره نعود الى العادات التي كانت جارية يوم وضعه ، فيهون علينا فهم الغامض من النصوص ، سواء اكان في تفسير العرف القولي او العرف العملي

فاذا كان حكم الشرع او القانون لا ينهي ولا يأمر باجراء شيء وكانت العادة جرت عليه فالعرف العام يعتبر حكماً . والعرف الخاص لا يعتبر حكماً ضد العرف العام ، الا اذا وقع عقد واتفاق بين عاقد على اعتباره فحكم هذا العقد جار في حقهما

سابعاً : لا عبرة للعادات مهما كان نوعها — لو ناقضت وخالفت احكام الشرع القانون المتعلقة بامر انتظام العامة . فكل عادة تضر العامة مطلقا او تخالف القوانين الجزائية وغيرها من القوانين

والاوامر الموضوعة لحفظ النظام العام تعتبر عادة ملغاة · وسواء اكانت القوانين تنص عن منع تلك الامور اولا تنص ، فمجرد مخالفة العادة للاخلاق والآداب العامة وقاعدة الانتظام العام — يكون سبباً لالغاء تلك العادة وردها

ثامناً : اذا تعارضت العادة التجارية ، و الاحكام الشرعية والقانونية غير المختصة بامور التجارة — فالعادة التجارية تعتبر بين التجار

من ذلك لو اراد التاجر اثبات دعواه من دفاتره فهذا امر مخصوص بالتجار القانونيين ، مع ان الشرع والقوانين الاخرى لا تقبل بدفتر او قيد الرجل حجة له · لانه هو ينظمها وهو يكتب بها ما يراه مناسباً له · غير ان من عادات التجار ان يمسكوا دفاتر عديدة منظمة · فعند ذلك اذا كانت منظمة طبقاً للقانون التجاري وعادات التجار يمكن المحكمة ان تقبل بهذه الدفاتر و تعتبرها لاثبات دعوى صاحبها نفسه

غير ان لمحكمة التمييز العثمانية قراراً يناقض هذا

تاسعاً : اذا تعارض العرف الخاص والعرف العام في امور التجارة يعتبر العرف الخاص : مثلاً لو كانت عادة تجار الحنطة العامة تقضي ببيعها بالقنطار ، وكانت عادة طرابلس الخاصة تقضي بالبيع بالكيل فالعادة الخاصة ترجح في طرابلس على العادة العامة

ان من تفرعات هذه المادة المواد ال ٢٤٤ و ٢٥١ و ٣٥٤ و ٤٩٥ و ٥٥٦ و ٥٦٩ و ٨٧٦ و ٥٠٩ من المجلة واحكام اخرى قانونية وشرعية

سنبينها في محلها

وقد علمت مما قدمناه ان ما يقصد اثباته بالعادة من الامور — يجب ان يكون من الامور الممكنة الحصول طبعاً وليس للامور الخارقة العادة كالمعجزات

المادة السابعة والثلاثون

استعمال الناس: حجة يجب العمل بها

راجع المواد ٢٤٤ و٣٨٨ و٣٨٩ وجميع شواهد المواد ٢٦ و١٥٧٧ و١٧٣٣ و١٦٩٧ و١٦٩٨ و٥٩٦

هذا ما يقال له التعارف والتعامل فان ما بين الناس من تعارف وتعامل انما يعتبر حجة يجب العمل بها

وهذه القاعدة متحدة في موادها مع المادة ٣٦ السابقة ومعنى ذلك ان استعمال الناس هو عرف وعادة يجب الرجوع اليها عند اللزوم لان ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح : ولان القصد من كلمة الناس هو اجماع جماعة كبيرة من الناس على عمل لا يعقل اتفاقهم على ضلال فيه . ومن المعلوم ان حكم هذا الاستعمال حكم العادات بجميع شروطها . وقد فرع الفقهاء عن هذه المادة والمادة السابقة احكاماً كثيرة . وعن هذه القاعده تفرعت المواد ٢٤٤ و ٣٨٨ و ٣٨٩ من المجلة

المادة الثامنة والثلاثون

الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

عن الاشباه

ان ما امتنع حصوله عادة هو بحكم الممتنع حصوله حقيقة ، فان العادة والعرف تؤيد ان الرجل العاقل البالغ غير المحجور ولا المريض ولا المكره اذا اعترف بشيء معقول — لزم ان ناخذ باقراره ونعتبره صدقاً ويمتنع ان يكون هذا الرجل كاذباً بما اقر به على نفسه.

وكذلك يمتنع حقيقة ان يعمل الرجل المذكور على اضرار نفسه باقراره . فمتى اقر ذلك الرجل بانه مديون لزيد بعشرين ديناراً — لزم ان نصدقه لامتناع كذبه عادة ولان الممتنع عادة كالممتنع حقيقة وعند تصديق الحاكم يلزمه دفع المبلغ ،

كذلك من الممتنع عادة ان يكون للرجل الفقير المعروف بالحاجة والفاقة مبالغ من الديون الوافرة في ذمة الناس اقرضهم اياها بعد اتصافه بالفقر : لذلك لو ادعى هذا الرجل على احد الناس بمبلغ عظيم كمئة الف فان الممتنع عادة بحكم الممتنع حقيقة، فدعواه لا تسمع.

ومن هذه القاعدة تبين ان الامتناع نوعان ، حقيقي وعادي فالحقيقي هو ما كان عدمه متحققاً ، والعادي هو ما كان عدمه معتاداً

المادة التاسعة والثلاثون ..

لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان)

وردت في كتاب المجامع

هذه القاعدة من اهم قواعد الشرائع وهي مقبولة في شرائع العالم اجمع لان الازمنة والعصور تنقل الناس من مدنية الى مدنية ، والمدنيات تنقل الناس من عادة إلى عادة، والى إحكام مختلفة

كانوا قديماً يبنون الدور والبيوت على نمط واحد ، وهندسة عامة ولم يكن من فرق سوى كبر وصغر البيوت انما الهندسة واحدة

وكانت غرف الدار الواحدة متشابهة الى حدّ انه من رأى غرفة يكون كأنه رأى سائر الغرف . ولما كان المشتري اذا لم ير المبيع له حق رده بخيار الرؤية ، فكان يكفي لاسقاط حقه بخيار الرؤية — ان يرى غرفة واحدة . واما في الازمنة الاخيرة فقد اختلفت الهندسات واصبحت الغرف والبيوت تبنى على صور مختلفة ، بحيث ان من رأى قسماً من البيت لا يعتبر انه قد رآه كله فيبقى له الخيار الى ان يرى

ومن امثلة هذه القاعدة :

ان من غصب شيئاً يضمن قيمته اي قيمة عين المغصوب ومتى ضمن قيمته فلا يضمن منافعه . لان المنافع من النواتج التي لا تضمن مع ضمان العين . كالاجرة مثلاً ، فالاجر والضمان لا يجتمعان لان الغاصب اذا ضمن قيمة الفرس مثلاً وهلك في مدة الغصب تلزمه

القيمة ،واما الاجرة فلا تضمن مع ضمان القيمة . وكان الحكم قديماً ان الغاصب كما انه لا يضمن بدل منافع اموال البالغين كذلك لا يضمن بدل منافع اموال القاصرين

وهذا كان رأي عموم الفقهاء المتقدمين

الا انه في الازمنة الاخيرة عند وقوع الاعتداء بكثرة على مال القاصر ، ومال الوقف ، واموال المصالح العامة — رأى متأخروا الفقهاء وجوب حفظ هذه الاموال ومنافعها . وقد رأت جمعية المجلة الاخذ بقول هؤلاء العلماء فوردت المادة ٥٩٦ تتضمن فقرة استثنائية ضمان الغاصب منافع المغصوب اذا كان مال وقف ومال صغير الخ

من ذلك ايضاً انه في العصور الاولى كان الناس يتقون كثيراً ارتكاب الشهادات الكاذبة ، وكان الشاهد فيما عدا القصاص وبعض خصوصات معينة — لا يزكى ما لم يطعن به خصمه . لان سكوت الخصم كان يكفي لعدم تزكية الشاهد . والتزكية على ما هو معلوم : سؤال القاضي عن حالة الشاهد وصحة شهادته

الا انه في الازمنة الآخرة لما كثر كذب الشهود في دعاوى الحقوق — رأى الفقهاء وجوب التزكية سراً وعلناً لكل شاهد ولو لم يطعن فيه الخصم (الا في حال اقرار معلوم نصت عنه المادة ١٧١٦ من المجلة) غير اننا نرى في زماننا ان الشهادات في على الدعاوى الجزائية

لا يحتاج فيها الحاكم الجزائي الى التزكية . كما ان لحاكم الصلح حتى في الامور الحقوقيـة الخيار بان يزكي الشاهد او يكتفي بتحليفه اليمين .
وهذا من جملة تغير الاحكام بتغير الازمان

واعلم انه كما سبق لنا القول ان هذا التغير لا يكـون في اساسات الشرع واصوله واحكامه المهمة . وانما يكون في الامور الجزئية والحالات غير الماسة لاساس الشرع

وان هذه القاعدة كما تتعلق بالزمان تتعلق بالمكان فانه لا ينكر تغير الاحكام بتغير المكان ايضاً ، لتأثير العادة في الاحكام . والعادات مكانية وزمانية كما لا يخفى

المادة الاربعون

الحقيقة تترك بدلالة العادة

راجع الـ ١٦٧٢

هذه القاعدة وضعت للالفاظ فان اللفظ كما علمت يفيد اما معنى حقيقياً او معنى مجازياً . فاذا كانت العادة تؤيد المعنى المجازي يترك المعنى الحقيقي بدلالة العادة ويعمل بالمعنى المجازي .

مثال ذلك لو قال واحـد لآخر اذا وصلت انا الى بيروت فلك عندي عشرون درهماً . فهذا الكلام لا يوجب حكماً شرعياً على المتكلم وليس مما يترتب معه لاحد في ذمة الآخر حق . واما لو قال له في حلول عيد الفطر هذه السنة لك عندي عشرون درهماً ، فانه يكون

مديوناً له بالمبلغ، ويعتبر كلامه المجازي من جهة عيد الفطر موعداً لايفاء الدين الذي اعترف به

وقد علمت ان الاصل في الكلام المعنى الحقيقي · فاذا تعـذر المعنى الحقيقي يصار الى المعنى المجازي

ومعلوم انه عند ترك الحقيقي والعمل بالمجازي - يجب ان ننظر الى القرينـة فان كانت تدل على احدهما عمل به · والقرائن تكون في العادات ايضاً

المادتان الواحدة والاربعون والثانية والاربعون

مادة ٤١: انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت

مادة ٤٢: الاعتبار للغالب الشائع لا للنادر

ان هاتين المادتين من جملة شروط العادة المعتبرة وقد تقدم شرحها في ضمن شرح المادة الـ ٣٦ التي يصرح بها ان العادة محكمة

المادة الثالثة والاربعون

المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

وهذه القاعدة ايضاً يستغنى عن شرحها بما تقدم في شرح المـادة الـ ٣٦

ومن امثلة هذه المادة ايضاً : ان من استأجر دابة للحمل يكون قد استأجر ضمناً وبغير ذكر — الحبل وجميع ما يدخل في لوازم الحمولة كالعدل ايضاً، وذلك اتباعاً لعرف البلدة، فلا حاجة الى الشرط عليه لان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً :

فلا يحق للمؤجر عند الاقتضاء ان يتأخر عن تقديم هذه الاشياء، ويدعي انها لم تدخل تحت الشرط . بل يلزمه ايجادها وتقديمها ليتم الامر الذي حصلت الاجارة لاجله

المادة الرابعة والاربعون
المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

راجع المادة ٨٩ و ١٤

وهذه القاعدة يستغنى عن شرحها بما تقدم في شرح المادة الـ ٣٦ ونكتفي هنا بان نورد لها مثلاً :

ان بعض التجار يتعاملون في البيع والاخذ والعطاء ديناً ، ويكون الدفع اما كل سبت، ويقال له سبتية ، او كل شهر فيقال له شهرية . فمتى كان معروفاً ذلك واختلفا في الاستحقاق متى حصل، ينظر في عاداتهم فان كانت اسبوعية يلزم المديون الدفع اسبوعياً وان كانت شهرية فشهرياً، وكذلك فيما يتعلق بتسليمهم البضائع فان لهم حالات وعادات لا تجري احكامها على سواهم ، فمنهم من يرون البضائع على النماذج (المساطر) ويشترون على النماذج . واذا كان المبيع مطابقاً للنماذج يلزم البيع مع عدم وجوده عند العقد في مجلس العقد

المادة الخامسة والاربعون
التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

راجع المادة ١٦٨١

كذا قالوا المعروف كالمشروط فعلى المفتى به صارت العادة شرطاً صريحاً: قاله في منافع الدقائق وهو كتاب نفيس

مثلاً قال له: اشترِ لي اقة حليب (لبن) دون ان يعين جنس الحليب فاشترى له اقة حليب بقر او غنم او معز، صح، لانها مقبولة بالعرف. واما اذا اشترى له اقة من لبن الحمير فلا. لان العرف لا يستعملها فكان التعيين بالعرف مثل التعيين بالنص. اي كما لو قال له لا تشتر لبن حمير

وكذا لو قال له اعرني دابتك لاحملها الى المطحنة فاعاره اياها، دون ان يصرح احدهما بمقدار الحمل، ثم حملها المستعير نصف قنطار، فهلكت، ينظر في العرف هل اعتاد اصحاب المصلحة ان يحمل مثلها مثل هذا الحمل. فان كانت العادة لا تسمح بذلك، لزمه الضمان، للاعتداء بتحميلها الزيادة. وان كان يجوز عرفاً وعادة تحميلها هذا الوزن لا يلزمه شيء. لان العرف يقوم مقام النص

ومنها ما ورد في المواد ١٥٢٧ و٥٢٨ من كتاب الاجارة و١٤٩٩ و١٤٩٨ في الوكالة

المادة السادسة والاربعون
اذا تقدم المانع والمقتضى فانه يقدم المانع

راجع المواد ١٠٩٠و١١٩٢و١٧٢٥

بناء عليه لا يقدر الراهن على بيع الرهن من آخر، لان المرهون في يد المرتهن امانة وحبساً مقابل الدين. فاذا هو لم يجز البيع ولم يسلم المبيع، فالبيع موقوف وغير نافذ

والمعنى ان حق المرتهن بحبس الرهن حتى استيفاء الدين كان، مانعاً من البيع وحق الراهن بيع الرهن الذي هو ملكه من مقتضى الملكية

وقد تعارض المانع والمقتضى فيقدم المانع. و يعتبر، حفظاً لحق المرتهن لانه لولا الرهن لا اقتراض ولا قرض

وهذه القاعدة تتوافق وقاعدة « درء المفاسد اولى من جلب المنافع»

ومن ذلك عدم رد المبيع بخيار العيب عند حدوث عيب جديد فان المقتضي هو رد المبيع لوجود عيب قبل تسليم المشتري

والمانع هو رد المبيع معيباً عيباً جديداً حدث عند المشتري

فتعارض المانع والمقتضى فتقدم المانع ورجح فمنع الرد. ولكن على البائع ان يدفع نقصان الثمن الحاصل بسبب العيب القديم

كذلك في الشركة فانه اذا كانت دار ذات طبقين سفليها لواحد و علوها لآخر، واراد التحتاني التصرف بهدم داره والفوقاني بالتعلي عليه، فكل ما يحصل من ضرر للآخر، يمنع مريده عمله. لانه وان كان

من مقتضى التملك ان يتصرف المالك في ملكه كيف شاء، الا انه من موانع هذا التصرف حصول ضرر للآخرين ، وهنا قد تعارض المانع وهو الضرر والمقتضى وهو حق التصرف فتقدم المانع

ومن ذلك لو مات رجل عن تركة وولداه احدهما قاصر والآخر مكلف. وحصلت دعوى على التركة وشهد الوصي شهادة مفيدة للورثة المذكورين فان شهادته مردودة. لان المقتضى قبول شهادة الوصي بحق الراشد الذي لا ولاية للوصي عليه . والمانع هو ان شهادة الوصي للموصى عليه الصغير غير صحيحة، لما فيها من الشبهات ولانها تعتبر بمقام الشهادة التي فيها جر مغنم ودفع مغرم ، فلدى تعارض المانع والمقتضى قدم المانع وردت الشهادة بحكم المنع الذي حصل من تعلق الصغير بالوصي

ومن ذلك في القضاء : ان القوانين والشرائع تمنع الحاكم من الحكم والقضاء لولده ولبعض اهله، درءاً للشبهات ،ومنعاً من ان يسوق العطف والحنو والغرض ذلك القاضي الى الظلم

فلو حصلت شركة بين احد اولاد القاضي وآخر وحصلت دعوى على تلك الشركة فهذا القاضي لا يحكم بها

لان من المقتضى ان يحكم القاضي لذلك الاجنبي عنه . والمانع ان يحكم لابنه والدعوى واحدة. فعند تعارض المانع والمقتضى يتقدم المانع

المادة السابعة والاربعون

التابع تابع

راجع المواد ٢٣٠ و٢٣١ و٢٣٢ و٢٣٤ و١٠٧٤ و١١٦٣ و١٣٤٣ و١٤٠٢

او : التابع للشيء في الوجود تابع لذلك الشيء في الحكم

اعلم ان المادتين ٤٨ و ٥٠ مستخرجتان من هذه القاعدة

مثال ذلك : ان الحمل يتبع الحامل في البيع ، مثلاً : اذا بيع حيوان حامل فالجنين او الحمل الذي في بطنه يكون تابعاً في البيع ويدخل في عقده بلا ذكر

وكذلك مالو رهن احد حيواناً حاملاً عند آخر مقابل مبلغ معين كالف غرش وتسلم المرتهن الرهن لاجل حبسه عنده حتى يستوفي منه حقه، ثم في مدة الحبس وضعت الدابة فلوها الذي وضعته، يتبع امه في حكم الرهن و يكون معها رهناً عند المرتهن يحق له حبسه لاستيفاء البدل

لانه كان تابعاً لها في الوجود

وكذلك: ان الثمرة التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض تتبع المبيع (انظر المادة ٢٣٦) وهكذا ما ولدته البقرة والدابة المبيعة، وكذلك زوائد المغصوب فهي تتبع في الحكم المغصوب (المادة ٩٠٣).

ان معنى هذه المادة كما فهم من هذه الامثلة هو ان التوابع لها حكم

الاصول فالحكم الذي يترتب على الاصل يلحق الفرع

ومما تفرع عن هذه القاعدة الاحوال المذكورة في المواد ٢٣٠١ و٢٣٢ و١٠٧٤ و١٦٣١ و١٠٤٣ و١٠٠٢ من المجلة

ثم اعلم ان هذه القاعدة هي من قواعد صاحب الاشباه العلامة ابن نجيم راجع المواد ١٠٧ و٢٣٤ و٢١٦ و٨٥٦

المادة الثامنة والاربعون

التابع لا يفرد في الحكم فلا يباع الحمل في بطن امه على حدة ولا يستثنى منها عند البيع

وقد ورد في المادة ٨٥٦ من المجلة ان الحمل لا تصح هبته مستقلاً وعند تقدير الاستثناء تصح الهبة بالام وحملها، لان هبة الام صحيحة والحمل يتبع امه بالحكم، والاستثناء لغو باطل بنفسه

وكذا حق الشرب وحق المرور فانهما يتبعان الارض في البيع فلا يباع احدهما مفصولاً عن الارض

واعلم ان اتباع الفرع في الحكم للاصل لا يعني عدم استحقاق الفرع للاهلية الشرعية المعروفة باهلية الوجوب، بل في قضية هذه الاهلية هو تابع للاصل الذي هو اهل للوجوب وبحسب استحقاقه باهلية الوجوب يصح الاقرار، والايصاء له، والوقف عليه. فاذا اوصى رجل للجنين الذي في البطن بمال، صحت الوصية بحق الجنين. ولا يمنع من صحتها عدم شمولها للام الحامل

المادة التاسعة والاربعون

من ملك شيئاً ما هو من ضروراته

فمن شرى داراً ملك الطريق الموصل اليها

راجع شواهد المادة ال٤٧ وراجع المادة ال٢٣١

هذه المادة تختص بما هو من ضرورات الشيء وتوابعه المتممة للقصد من وجوده . وهي تعد فرعاً للمادة السابعة والاربعين من جهة قوة التعلق بين الاصل والنوع والشيء وضرورياته

فالدار بنيت للسكنى . والسكنى لا تتم بلا المرور ذهاباً واياباً الى الدار . والارض لا تستعمل الا بطرقها ، والطرق ضرورية لها . فمن ملك داراً او ارضاً ملك بحكم الطبع ضرورياتها ومنها الطريق . فلا حاجة اذن الى ذكر ذلك صراحة في عقد البيع (مادة ٢٣١ مجلة)

ومن ذلك ان من ملك ارضاً ، ملك ما فوقها وما تحتها : فمن اسفل السافلين ، الى اعلى عليين هو تابع لها على مقدار مساحتها . ولذلك فله ان يبني ما يشاء ويحفر ما يشاء بشرط عدم الضرر بالآخر وكما ان الفرع يتبع الاصل في الحكم ، وكما ان التابع لا يفرد ، وكما ان من ملك شيئاً ملك ماهو من ضروراته ، كذلك في حكم هذه القواعد القاعدة الخمسون الآتية

المادة الخمسون

يسقط الفرع بسقوط الاصل

راجع المواد ٦٦٤١ و١٥٢٧ ١٥٣٠

هذه من قواعد صاحب الاشباه · فقد قال ان التابع يسقط بسقوط المتبوع

مثال ذلك : لو كان لك في ذمة رجل دين الف درهم ، ولك عليه كفيل فقد اعتبر المديون اصلاً والكفيل فرعاً

فاذا سقط دينك الذي لك على الاصل بسبب من الاسباب : كما لو ابرأت ذمته ، او لو ادى لك الدين هو ، او امر آخر ليؤديه فأداه فان حقك على الكفيل يسقط ، ولا يبقى لك حق بمطالبته · لان الغاية هي الحصول على براءة ذمة الاصيل وقد حصل ذلك . ولكن سقوط الفرع لا يستلزم سقوط الاصل

فيحق لك ان تبرئ ذمة الكفيل ، او تسقط حق المطالبة عنه ، ويبقى حقك على المديون الا اذا كان الكفيل ادى اليك الدين فتبرأ ذمة الكفيل والاصيل من حقك

راجع المادة ٦٦١ من المجلة

غير ان صاحب الاشباه وتبعته جمعية المجلة قال : وقد يثبت الفرع وان لم يثبت الاصل راجع المادة ٨١

ومن امثال ذلك : لو انكر الاصيل الدين وعجز الدائن عن اثباته

فوجبت اليمين على الاصيل . فخالفها تبرأ ذمة الاصيل ولا تبرأ ذمة الكفيل بل تبقى مشغولة بالدين لان الكفالة حق ثابت واليمين التي حلفها الاصيل حجة قاصرة لا تتعدى الى غير حالفها

المادة الواحدة والخمسون

الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود

راجع المواد ٢٢٧ ، و ١٥٥٨ و ١٥٦٢ و ١٥٦٤ و ١٥٦٥

فمن ابرأ خصمه من دعوى اقامها عليه ، لا يعود له حق اقامة تلك الدعوى عليه (المادة ١٥٦٤) يعني ان الحق الذي يسقط بسبب شرعي لا يعود الى مسقطه او صاحبه . كما ان المعدوم لا يعود

واما الحقوق التي لا تسقط بالاسقاط فهي وان سقطت تعود فمن ذلك يتبين ان هناك نوعين من الحقوق ، احدهما الحقوق التي تسقط بالاسقاط والثاني الحقوق التي لا تسقط بالاسقاط ، فمن الاول حق الادعاء وحق المطالبة ومن الثاني حق الارث ، فلو قال واحد اسقطت دعواي عن زيد سقطت الدعوى فلا تعود . ولو قال احد الاولاد اسقطت حقي بارثي من والدي فلا يسقط . الان الارث من الفروض التي جعلها الشارع لا تسقط بالاسقاط لابقاء الغاية من تملك الوارث حصته من مورثه

من امثلة ذلك في البيع :

في المادة ٢٨١ : ان من له حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن —

اذا سلم المبيع سقط حقه بالحبس، ولا يعود اليه هذا الحق. فلو باع زيد من احد مالاً منقولاً بمئة درهم، وكان له بحسب الاتفاق حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن، ثم بعد ذلك، وقبل القبض — اسقط حقه بتسليم المبيع الى المشتري، فلا يبقى له ان يقول اعد لي المبيع حتى احبسه عندي مقابل الثمن لانه لما اسقط حقه هذا وسقط لم يمكن عوده

كذلك من كان له حق الخيار كخيار الرؤية اذا اسقطه فلا يعود اليه (راجع المادة ٣٣٥)

في الصلح والابراء

نص في المادة ١٥٥٨ ما مؤداه: ان الصلح المتضمن اسقاط حق لا يمكن الفريقين ولا احدهما ان يفسخه (اي الصلح)

كذلك لا يمكن الدائن المطالبة بعد ان ابرأ ذمة المديون من الادعاء بالدين. لان الساقط (وهو اشتغال الذمة بالدين) لا يعود

في الشركة

لو كان لواحد حق مرور، في محل معين من ارض، واذن صاحب حق المرور لصاحب الارض في البناء في ذلك الممر — فلا يبقى له حق مرور من هناك لا في عين الممر لانه اسقطه، ولا في محل آخر من الارض لانه لم يكن له فيه حق من قبل

في البينات

لو رد القاضي شهادة الشاهد في خصوص لا يحق له قبولها في ذلك الخصوص.

في الوصية

لو اجاز الورثة وصية الميت مورثهم بما زاد عن ثلث ماله فلا يعود لهم حق الادعاء، والمطالبة بتلك الزيادة. لان الاجازة اسقطت حقهم بالدعوى.

واعلم ان فرار الحيوان المرهون من يد المرتهن يبطل حق المرتهن بالدين. ولكن عند عودة الحيوان بالقاء القبض عليه او بامر آخر يعود الدين الى حاله وكذلك لو ابرأ الدائن المديون ورد المديون الابراء ولم يقبل فيبقى الدين على ذمة المديون

وهذا لا يفيد ان الساقط عاد، بل ان شيئاً كان قريباً من درجة السقوط — عاد قبل سقوطه، الى حاله من القوة والبقاء

فالراهن قد سلم مقابل دينه دابة او حيواناً والمرتهن قبل بذلك، ثم بقصور منه هرب الحيوان وفر للبرية، فلا يجوز ان يهلك الحيوان ويخسره المديون ثم يدفع الدين. ففي حالة عدم وجود الحيوان وعدم عودته تبرأ ذمة المديون، واما في حالة عودة الحيوان فلان الابراء كان غير تام، وسقوط الدين كاد يحصل، ولكنه قبل حصوله عاد الى قوته بعودة الحال التي كانت قبل مباشرة سقوطه، فيعود الدين الى اصله

لانه لم يكن ساقطاً بل موقوفاً على تحقق امر الحيوان المرهون

وكذلك في قضية ردالابراء لان الابراء يرد بالرد فلما ابرأ الدائن ذمة المديون بقي سقوط الدين موقوفاً على قبول المديون ذلك الابراء فلو قبله سقط الدين ولايعود· ولكنه لما لم يقبل بالابراء ورده، بقي الدين في ذمته،لانه لم يسقط · ولكنه بعد ان كاد يسقط عاد الى قوته

المادة الثانية والخمسون

اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه

راجع المادة ال ١٥٦٦

مثلاً لو باع احد من آخر عقاراً ، وتم البيع بجميع شروطه،وابرأ كل واحد منهما ذمة الآخر من كل حق ودعوى تتعلق بالثمن وبالمبيع ، وتعاطيا بذلك سنداً و بعدان تصرف كل منهما في ماملكه بسبب البيع كتصرف المشتري في المبيع والبائع في الثمن - ظهر مستحق (وهو كل شخص آخر يدعى ملكية شيء و يثبت دعواه) -واستحق المبيع شرعاً كأن اثبت ان الارض ملكه متروكة له عن مورثه فان هذا الاستحقاق بطل عقد البيع ومتى بطل الشيء بطل ما في ضمنه فيبطل الابراء الذي كان حصل بين المشتري والبائع ·وعندئذ كما حق للمستحق ان يأخذ المبيع ، حق للمشتري الذي ذهب المبيع من يده بلا عوض— ان يعود على بائعه و يقول له اعطني ما اخذت مني من الثمن،لانك بعت شيئاً ليس مالك · ولايقدر البائع ان يقول للمشتري انك كنت ابرأت

ذمتي من الثمن لان الابراء بطل عند بطلان الشيء الذي هو من ضمنه

والحاصل انه اذا بطل المتضمن (بالكسر) بطل المتضمن (بالفتح)

والتضمن اما حقيقة او حكماً

فلو قال واحد للآخر: بعتك دمي بألف فقتله لزمه القصاص لان بيع دم الانسان باطل ومتى بطل الشيء بطل ما في ضمنه، ولدى بطلان عقد البيع اصبح القتل يستحق عقابه

وكذلك لو اجر داراً مشغولة بحاجات المؤجر ولم يخلها، فهذه اجارة فاسدة، وبسبب فسادها وجب عليه رد الاجرة التي قبضها

وكذلك لو عقد الصلح وكان عقداً فاسداً، فلا حكم له

المادة الثالثة والخمسون

اذا بطل الاصل يصار الى البدل

راجع المواد ٢٩٨ و٣٠٨ و٣٠٩ و٦٠٧ و٦٠٨ و٦١١ و٧٤١ و٧٤٢ و٧٥٩ ومن باب الوديعة ٧٧٧ و٧٧٨ و٧٨٢ و٧٨٣ و٧٨٥ و٧٨٧ و٧٩٠ و٧٩٢ و٧٩٣ و٧٩٤ و٧٩٩ و٨٠٠ الى ٨٠٣ ومن باب العارية ٨١٤ و٨٢١ و٨٢٢ و٨٢٣ و٨٢٥ الى ٨٢٨ ومن باب الغصب ٨٩١ و٨٩٧ الى ٩٠٦ و٩١٠ ومن باب مباشرة الاتلاف المواد ٩١٢ الى ٩٢١ ومن باب الاتلاف تسبباً المادة ٩٢٢ الى ٩٢٥ ومن باب ما يحدث في الطريق العام المواد ٩٢٦ و٩٢٧ و٩٢٨ ومن باب جناية الحيوانات ٩٢٩ و٩٣١ و٩٣٦ و٩٣٨ و٩٤٠ ومن باب المحجور ٩٦٠ ومن باب

التصرف في الاعيان المشتركة المواد ١٠٧٥ و١٠٨٦ ومن الديون المشتركة المواد ١١٠٣ و١١٠٧ ومن الابواب الاخر المواد ١٢٤١ و ١٢٤٤ و١٢٤٩ و١٣٧٩ و١٣٨٣ و١٣٩٢

او: اذا لم يمكن ايفاء الاصل فيصير ايفاء البدل

واما اذا امكن ايفاء الاصل فلا يصار الى ايفاء البدل دون رضا الآخر . مثلاً : اذا غصب احد حيوان الآخر ثم هلك الحيوان، فيكون قد تعذر ايفاء الاصل — فيقتضى ايفاء بدله فله قيمته . واما اذا كان الحيوان موجوداً فيرده عينه ولا يجبر صاحبه على قبول بدل عنه

واعلم ان المال اما ان يكون مثلياً: اي يوجد مثله في السوق فيرد مثله عند هلاكه . واما ان يكون قيمياً اي ذا قيمة ولا يوجد مثله في السوق فيرد بدلاً عنه قيمته : فالنقد من المثليات، كما لو كان المغصوب خمسين ريالاً وهلكت فيرد مثلها، او كان قيمياً كحيوان فترد قيمته

راجع المادة ٨٩١ من المجلة

واما قيمة المغصوب فتقدر بمعرفة الخبراء على قياس زمان ومكان الغصب، وليس على قياس زمان ومكان الهلاك، لان الضمان حصل من مجرد وضع يد الغاصب، وغصبه، وذلك حصل في زمان ومكان الغصب

واعلم ان الرد اما ان يكون رداً كاملاً، او رداً قاصراً . فالرد الكامل انما هو اعادة الشيء بعينه الى صاحبه . والرد القاصر هو انه لما تعذر رده عيناً رده قيمة او مثلاً لانه مقصر عن رد عينه

المادة الرابعة والخمسون

يغتفر في التابع مالا يغتفر في المتبوع

المواد ٢١٦ و ٣٣٣

فلو وكل المشتري البائع بقبض المبيع لا يجوز ، اما اذا دفع اليه جولقاً ليكيل و يضع فيه الطعام المبيع ففعل صح ذلك واعتبر قبضاً

قال في الاشباه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها · وقريب منها يغتفر في الشيء ضمناً مالا يغتفر قصداً

اما المادة التركية فترجمتها الحرفية « ان ما لا يجوز بذاته يمكن ان يجوز تبعاً » ونقول في شرح هذا المثال : ان البيع يجب ان يعقد بين فريقين احدهما البائع وثانيها المشتري ، ومن واجب الاول تسليم المبيع ،ومن واجب الثاني قبض المبيع وتسلمه

ولا يمكن الفريق الواحد ان يتولى طرفي العقد فيكون بائعاً ومشترياً ، ومسلماً ومتسلماً ، في وقت معاً

واعلم ان التوكيل مفيد قيام الوكيل مقام موكله بما وكله به · ومتى وكل واحد آخر بان يتسلم المبيع صحت وكالته · ولكن لو كان الوكيل هو نفس البائع فلا تصح لان القبض غير صحيح ، حيث لو صح لكان للفريق الواحد وهو البائع ستكون له صفتان احداهما صفة بائع ومسلم ، والثانية صفة المشتري المتسلم او القابض ، وهاتان الصفتان لا يجتمعان قصداً في فريق واحد الا في بعض احوال استثنائية كبيع

الاب مالك ابنه الصغير من نفسه فيصح بيعه وقبضه لكمال شفقته وحنانه وولايته الجبرية على ولده

ومتى علمت ذلك وعلمت ان التعامل جار بين الناس: ان من يشتري طعاماً يدفع الوعاء الى البائع فيضعه فيه اعتبر وان كان لا يجوز بالذات توكيل البائع ليقبض المبيع من يد البائع اي يد نفسه - الا انه تبعاً لجواز تكليفه بوضعه في الوعاء كالجوالق - صار يجوز ضمناً ان نعتبر وضعه اياه بعد ان يكيله او يزنه، قبضاً صحيحاً. فلو هلك هلك على حساب المشتري، كما لو قال احدنا للقصاب زن لي رطلاً وضعه في هذه السلة ففعل القصاب، اعتبر القبض صحيحاً ثم جاء هر او كلب فاكل اللحم فانه ذهب على حساب المشتري ان لم يكن حدث من اللحام تقصير في المحافظة

وحكم هذه المادة جار في الحقوق المجردة كحق المرور والمسيل والشرب. فانها لا تباع بذاتها قصداً بل تبعاً وضمناً لبيع الارض والمجرى ورقبة الطريق ومما يتفرع عن هذه المادة المواد ال ٢١٦ و ٧١٥ و ٨٤٨ و ١٥٥٥ من المجلة فلتراجع في محلها

المادة الخامسة والخمسون

يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء

راجع المادتين الـ ٣٤٠ و ٨٥٨

مثاله: ان هبة الحصة الشائعة لا تجوز. لكن لو ظهر مستحق لحصة شائعة من المال الموهوب وضبط ما استحقه، فلا تبطل الهبة وتبقى للموهوب له حصته الباقية

جاء في المجامع وهو مأخذ هذه القاعدة (انه يفتقر في الابتداء ما لا يفتقر في الانتهاء) من فعل افتقر بالفاء والتاء والقاف والراء من معنى الاحتياج وذلك يعني انه قد يحتاج في الابتداء الى شروط شرعية لا يحتاج اليها في الانتهاء ولا يفتقر

فاذا كان في ابتداء الاجارة والهبة لا يجوز الشيوع على ما سترى تفصيله في حينه، فانه في الانتهاء اي بعد تمام الهبة والاجارة اذا حصل شيوع - فهذا الشيوع يقبل ولا يبطل العقد لانه لا يحتاج في الانتهاء الى الشروط التي يحتاج اليها في الابتداء

فشرط الهبة امكان تصرف وتسلم الموهوب له في الموهوب. وفي الاجارة تصرف وتسلم المستأجر للمأجور. والشيوع مما لا يجعل التصرف ممكناً للمعارضة عند التصرف والتسليم من الشريك الآخر. على ان هذا الشرط الذي يحتاج و يفتقر اليه في الابتداء لا يفتقر اليه في الانتهاء ولذلك يغتفر اي يجوز في الانتهاء اشياء لا تجوز ولا تغتفر في الابتداء

فلو وهب فلان لفلانٍ عقاراً بكامله وتسلمه و بيناهو في تصرفه جاء رجل آخر يدعي حصة شائعة واستحقها وضبطها، فلا يمنع ذلك من بقاء الهبة صحيحة ولا يبطلها، وكذلك في الاجارة لان ذلك الشرط لا يشترط في الانتهاء ولا يحتاج اليه

المادة السادسة والخمسون

البقاء اسهل من الابتداء

والابتداء اصعب من الانتهاء

هذه المادة اصل المادة السابقة وما قيل في تلك يقال في هذه

ومن امثلة هاتين المادتين ما ورد في المادة ١٢١٣ من المجلة : انه لو كان لواحد داران على طريق عام فاصلة بينهما فاراد ان يبني جسراً موصلاً من احداهما للاخرى منع من ذلك لانه لا يجوز لاحد ان يعلو في بنائه فوق الطريق العام، حتى ولا فوق الطريق الخاص المشترك، دون اذن الشركاء فهذا المنع هو صعوبة حصلت في الابتداء، الا انه لو بنى فوق الطريق العام ، فبعد تمام البناء يبقى البناء ان لم يكن فيه ضرر ، ولا يهدم ، وسهل ما كان صعباً واما لو عاد البناء فتهدم يمنع من اعادته ولا يعود له حق تكرار بنائه

وهذا نص المادة ١٢١٣

اذا كان على طرفي الطريق لاحد داران فاراد انشاء جسر من واحدة الى اخرى يمنع ولا يهدم بعد انشائه ان لم يكن فيه ضرر

على المارين · لكن لا يكون لاحد حق قرار في الجسر والبروز على الطريق العام فاذا انهدم الجسر المبني على الطريق العام على الوجه المسطور فاراد صاحبه اعادته - يمنع

المادة السابعة والخمسون

التبرع لا يتم الا بالقبض

المواد ال ٨٣٧ و٨٤٤ و٨٤٦ و٨٤٩ و٨٦٢ والفقرة قبل الاخيرة من ال ١٥٩١

مثلاً اذا وهب احد آخر شيئاً فلا تتم الهبة قبل القبض

التبرع هو اعطاء الآخرين مجاناً بلا عوض

فهذه التبرعات من التصرفات التي يجوز لمن يتبرع بها الرجوع عنها قبل القبض · فالقبض شرط لتمامها

ومنها ما يجوز الرجوع عنه بعد القبض ايضاً ، ولكن تصرف الموهوب له فيها كان تصرفاً مشروعاً فلا يسأل عن هلاكها وعيوبها

والقبض هو التسلم من الموهوب له

واصل هذه القاعدة هو الحديث الشريف القائل (لا تجوز الهبة الا مقبوضة)

ومن التبرعات الهبة ، والصدقة ، والهدية ، فاذا مات المتبرع قبل القبض تبطل ولا حكم لها ولا يمكن الموهوب له ان يطالب بها الورثة

ولو اخرج من جيبه دراهم ليعطي فقيراً ثم رجع عن فكره فلا شيء عليه

هذه المادة من الامور الاخلاقية فلا توجب حكماً بالتملك الا بعد القبض ولا تدخل الوصايا تحت حكم هذه المادة .

المادة الثامنة والخمسون

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

المواد ٩١٩ و١٦١٦

كل من تولى امراً على آخر وجب ان يتصرف به تصرفاً مسبباً ومسوقاً بداعي المصلحة النافعة للمولى عليه لا يستثنى من ذلك احد - لا السلطان ولا القاضي ولا الجندي التاجر ولا ولي الصغير : فشرط دوام الولاية احسان التصرف . وحكم احساز التصرف المحافظة على مصلحة المتولى عليه ، فاذا كان من المصلحة العامة ان يتملك السلطان داري فهو انما يفعل ذلك بحكم قانون الاستملاك

واذا كان من المصلحة سوقي وسوق ولدي للحرب فالسلطان يعلن النفير العام و يسوق الجند قسراً الساحات القتال ، واذا لم يكن من المصلحة شيء من ذلك فلا يعمله . وان عمل فتصرفه غير شرعي يسأل . عنه ولذلك قيد الملوك في اكثر الممالك بقيود الشورى الشعبية الممثلة في الحكومات النيابية

ان للقاضي ان يتصرف باموال اليتامى والاوقاف ضمن المصلحة ،

ولكن ليس له ان يهب او يتبرع بشيء من تلك الاموال والاوقاف لانه ليس من المصلحة التبرع بها

ان للسلطان حق تقليد القضاء ونصب الولاة وجميع ما هو له من الحقوق المذكورة وسواها مقيد بهذه القاعدة لان شرط صحة التصرف، في الرعية: مراعاة المصلحة

وقد جاء ان السلطان اذا ولى مدرساً ليس باهل لا تصح توليته لان شرط صحة التولية التقيد بالمصلحة . والاهلية اهم شرط مصلحة التدريس

ان السلطان وكل ملك اوذي حكومة انما قام للمحافظة على ارواح افراد الامة واعراضها واموالها وسائر مصالحها . وكل عمل من هذه الاعمال يجب ان يراعى به المصلحة

ومتى كانت تصرفات الامام اي السلطان منوطة بالمصلحة فاطاعته لازمة . ومتى كانت عكس ذلك فلا تلزم طاعته بامر مخالفاً للمصلحة

غير انه لا بد من التوقف قليلاً لدرس هـذه المصلحة ، ومن هو الذي يحكم بكونها مصلحة او مضرة . ان الحكومات لها رأيها في الادارة العامة وغلطاتها ومخالفاتها للمصلحة ينظر فيها الرأي العام . وفي بعض الولايات والمناصب تدرسها المجالس الخاصة كالمجلس الاعلى لمحاكمة الوزراء ، او غير ذلك من المجالس المخصوصة بمحاكمة وتأديب الموظفين

واما ما حصل بامر الحكومة من الاضرار بمصلحة شخصية فالمتضرر يتسبب خصماً فيها امام المحاكم والمجالس العائد اليها الامر، وهو يطالب الدولة بصفتها شخصاً معنوياً عادياً، والمحاكم والمجالس تقضي بالحق لصاحبه، ومتى عرفنا تقيد التصرفات بالمصلحة — وجب ان نعرف ان الولاية اما ان تكون عامة او خاصة

فالعامة، كسلطان القاضي على الايتام، والخاصة كسلطان متولي الوقف ووصي اليتيم، ومتي صدر امران احدهما عن المتولي العام والثاني عن المتولي الخاص يعمل بالمادة الآتية

المادة التاسعة والخمسون

الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة

المواد ٩٧٤ و٩٧٥ و١٥٢١ و١٥٢٢

فولاية المتولي على الوقف اقوى من ولاية القاضي عليه

هذه المادة هي قاعدة ادارية وشرعية تتعلق بانتظام الامور العامة فالمتولي الخاص موكول اليه ادارة الامور التي في عهدته، ومسؤول عنها. فمقابل هذه المسؤولية وجب ان يعطى صلاحية العمل المنوط بالمصلحة. ومتى كان ذلك بقي للمتولي العام حق الاشراف، والمراقبة، وعزل المتولي الخاص، ولكن لا حق له بالتدخل في داخلية الادارة والتصرف، حفظاً لدرجات المسؤولية والعهدة والخصوصية

ان ادارة الجامعة الاميركية مثلاً كلها تحت اشراف رئيسها، ولكن بحسب

قاعدة تسلسل المسؤوليات والخصوصيات قد اعطي كل واحد من مديري الاقسام المدرسية صلاحية خاصة لا تنفذ اوامر الرئيس العام فيها الا بواسطة الرئيس الخاص ، هذا مثال عن حسن الادارة

واما في التصرفات الشرعية التي نحن في صددها

فالقاضي هو متولي الوقف . وجميع دعاوى الاوقاف والتوليات عليها عائدة رؤيتها اليه . غير انه متى نصب القاضي متولياً واذن بالتصرف ضمن صلاحية شرعية — لا يعود للقاضي صاحب الولاية العامة حق التصرف بمقتضى الصلاحية الخاصة ولكن له الاشراف والمحاسبة والعزل عند ثبوت الخيانة

ومن تفرعات هذه القاعدة : ان وصي الاب ، ووصي الجد عند عدم وجود الاب ، ووصي وصي احدهما اقوى نفوذاً من القاضي على القاصر : راجع المادة ٩٧٤ من المجلة

لان للاب والجد بعده ولاية طبيعية جبرية على الولد وكل واحد منا يرغب اكثر من اي كان في مصالح اولاده ، ويشفق عليهم كل الشفقة ، فاذا اقام الاب او الجد وصياً على القاصر لا يحق للقاضي عزله .

غير انه اذ كان تصرف الولي على المولى عليه يجب ان يناط بالمصلحة ، فاذا تصرف الصبي المميز الذي هو تحت الوصاية تصرفاً مفيداً كان موقوفاً على اجازة وصيه

واذا امتنع الوصي عن الاجازة ولم يأذن بالتصرف المفيد المذكور

يكون قد تصرف اي الولي تصرفاً غير منوط بالمصلحة . فعند ذلك يحق للقاضي الذي هو ولي عام ان يأذن للصغير في التصرف المذكور ويجيزه وانما يصح منه ذلك مع كون الولاية العامة اضعف من الولاية الخاصة — لانه كما علمت اذا تعارضت مفسدتان روعيت اخفهما ضرراً والضرر يزال

كذلك لو وكل رجل آخر ببيع الرهن وايفاء الدين ، وقبل الوكالة وغاب الراهن او مات وورثته غائبون ، واستحق الدين ، فجاء المرتهن ، وطلب من الوكيل بيع الرهن ، فابى ولم يفعل يراجع القاضي بذلك

فمع ان الوكالة هي ولاية خاصة والقضاء ولاية عامة والولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة يجبر القاضي الوكيل ببيع الرهن على بيعه لايفاء الثمن لان بذلك تصرفاً منوطاً بالمصلحة التي هي من حق الراهن المديون والمرتهن الدائن : الاول بوفاء الدين والثاني بقبضه واستيفائه

واذا عاند الوكيل واصر على عدم البيع باع القاضي الرهن بالمزاد ودفع الدين للدائن ازالة للضرر

✻ في مراتب الولاية الخاصة ✻

الاولى ، الولاية الحاصلة بسبب القرابة ، وهي ولاية الاقارب من اصحاب الفرائض والعصبات ، وذوي الارحام . فهؤلاء حائزون على الولاية بذاتهم تقوم الولاية بقيام ذاتهم فلا يعزل احدهم عن ولايته .

واعلم ان ولاية الاب والجد بعد الاب تنفذ بجميع ما هو للقاصر . واما ولاية بقية الاقرباء فنافذة بالزواج فقط

الثانية : (هي ولاية الوصي المختار والوصي المنصوب)

اعلم ان الاب والجد لهما مطلق التصرف كما ذكرنا ومن ذلك انهما بامكان حق اختيار وتعيين الوصي على القاصر بعد موتهما . فهذا الوصي يسمى شرعاً الوصي المختار او وصي الاب . واما الوصي المنصوب فهو من نصبه القاضي عند عدم وجود وصي الاب السابق الذكر ، ولتصرفات كل منهما حكم شرعي وصلاحية او ولاية مخصوصة سوف يأتي بيانها . في محلها وفي المادة ال ٩٧ من المجلة تفصيل فليراجع

وتصرف هؤلاء منوط بالمصلحة فالقاضي اذا تحقق خيانتهما عزلهما

المرتبة الثالثة : الوكالة . فولاية الوكيل لا تعد ولاية لازمة ، اي يمكن كلاً من الوكيل والموكل ان يبطل الوكالة ، ويرجع عنها فالموكل يعزل الوكيل متى شاء ، والوكيل يستعفي اي يعزل نفسه عن الوكالة متى شاء لذلك لا تعد لازمة

غير انه توجد احوال تصبح فيها الوكالة لازمة كما لو تعلق بها حق الغير : كالوكيل ببيع الرهن لايفاء حق الدائن ، فلا يمكن احدهما ان يفسخ الوكالة او يعزل الآخر او نفسه عنها . راجع المواد ١٥٢١ و ١٥٢٢ من المجلة

الرابعة : ولاية ناظر الوقف او متوليه المنصوب من قبل الواقف او من قبل الحاكم

فهذان نظراً الى الرأي المفتى به وكيلان عن الواقف فله متى شاء

عزلها. وكذلك للحاكم عزلها عند تحقق الخيانة تصرفاً منوطاً بالمصلحة، وازالة للضرر

حتى ان الواقف اذا شرط في الوقف عدم عزلها فشرطه هذا لا يمنعه من عزلها. لانه شرط مخالف للشرع فلا عبرة له. ولهما ان يعزلا انفسهما بصدق الحاكم

واما مخالفة شرط عدم العزل للشرع فلان الشرط اذا كان موجباً لضرر لا عبرة له. وشرط عدم العزل موجب لضرر الواقف والوقف لانه عند عدم قيامهما بحق الوظيفة لا يبقى له حق العزل وذلك واجب لقيام الوقف ومحافظته عليه

المادة الستون

« اعمال الكلام اولى من اهماله »

راجع المادة ١٦٠١

يعني اذا امكن حمل الكلام على معنى فلا يجب اهماله اي اعتباره لا معنى له

« راجع ما كتبناه في شرح المادة الثانية التي هي الامور بمقاصدها »

(وراجع ايضاً المادة ١٢ حيث ورد فيها ان الاصل في الكلام الحقيقة)

والخلاصة ان كل كلمة تصدر عن مكلف — يجب ان نعتبرها بمعناها الحقيقي، واذا تعذر الحقيقي يصار الى المجاز لان إعمال الكلام اولى

من اهماله

مثلا لو اقر المريض في مرض موته لمن ليس من ورثته بعين هي ملكه، فاذا كان هذا الاقرار وقت المذاكرة و البحث في الوصية كان وصية وله حكمها ، وان كان ليس كذلك فهو هبة وله حكمها

وان للوصية والهبة احكاماً مختلفة راجع المادة الـ ١٦٠١ من المجلة

واعلم ان المواد الـ ٦١ و٦٢ و٦٣ و٦٤ و٦٥ و٦٦ و٦٧ الآتية فروع عن هذه القاعدة

المادة الواحدة والستون

اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز

تقدم في شرح المادة الـ ٢ التي نص فيها (ان الاصل في الكلام الحقيقة) ايضاح مفيد لفهم هذه المادة فليراجع

ان الاصل في الكلام الحقيقة . واما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز ، وقد مثلنا لها في المحل المذكور بمن وقف على اولاده فان كان له اولاد من صلبه جرى عليهم . وان لم يكن له اولاد بل كان له احفاد اى اولاد اولاده فالوقف على هؤلاء . لان إعمال الكلام اولى من اهماله ولاجل إعماله يجب ان تراعى الحقيقة واذا تعذرت يصار الى المجاز

واما التعذر فاما ان يكون حقيقة او عادة او شرعاً

والتعذر حقيقة : ان تكون ارادة الحقيقة متعذرة كما في مثال من وقف على اولاده ولا اولاد له من صلبه فانه يتعذر ارادة الحقيقة يتعذر

وجود اولاد له.

واما التعذر عادة وعرفاً فهو ان يكون المعنى الحقيقي مهجوراً في عرف الناس وعاداتهم واستعمالهم ولو كان ممكناً في حد ذاته كقوله اني ان اضع قدمي في دار فلان، فانه وان كان بالامكان عدم وضع القدم الا انه يقصد ان لا يدخل دار فلان سواء كان على قدميه او زحفاً على الركبتين او غير ذلك حتى ولا على كرسي

لان الناس اعتادت ان تستعمل هذا اللفظ بقصد الدخول

واما التعذر الشرعي فهو وان كان بالامكان تفسيره لما وضع له حقيقة، لان الشرع لا يقبل بالحقيقة فيتعذر اعتبارها فيصار الى المجاز ومثال ذلك، الوكالة بالخصومة والنزاع. فاذا اعتبرنا الحقيقة من الخصومة والنزاع نكون قد اردنا التوكيل بشيء ممنوع شرعاً واذاً فان الخصومة والنزاع بين الناس بالمعنى اللغوي امر ممنوع (ديناً ودنيا)، والشرائع كلها تجازي المتنازعين فكيف يمكن ان تسمح بان يوكل احد الآخر بان ينازع عنه، فعند تعذر الحقيقة شرعاً وعند لزوم اعمال الكلام، لانه اولى من اهماله - يفهم ان القصد هو الخصومة والنزاع الاصطلاحي: وهو ان يقف الرجل في المحاكمة خصماً مدافعاً ضد الآخر في المرافعات والاجوبة اللازمة شرعاً لاستحصال حكم الحاكم في حق، وفصل خلاف:

فتصح الوكالة بالخصومة والنزاع ويقال «التنازع على الموضوع»، او

الارض، والشيء الفلاني، ومن ذلك باب التنازع بالايدي فالقصد منه ادعاء كل واحد بان العقار او المال الفلاني في يده، واما اذا كان الكلام متعذراً اعماله حقيقة ومجازاً، فانه يهمل ولذلك وضعت القاعدة الآتية:

المادة الثانية والستون

(اذا تعذر اعمال الكلام يهمل)

راجع المواد ١٦٢٩ و١٥٧٧ و١٦٩٧

يعني اذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي او مجازي اهمل

علمت مما تقدم ان الكلام اذا لم يمكن العمل به حقيقة ولا مجازاً وجب اهماله، ومن امثلة ذلك لو اقر رجل بقتله آخر، وبلزوم دية القتيل في ذمته، ثم ظهر المدعى قتله حياً. فهذا الاقرار لغو لا يمكن العمل به حقيقة ولا مجازاً

وهذه القاعدة هي نتيجة طبيعية لما سبقها من القواعد المتعلقة باعمال الكلام وهي مأخوذة عن الاشباه حيث ورد:

« وان تعذرت الحقيقة والمجاز او كان اللفظ مشتركاً بلا مرجح اهمل لعدم الامكان، اي امكان إعمال الكلام »

وقد علمت الحقيقة والمجاز. وبقي ان نشرح « او كان اللفظ مشتركاً بلا مرجح » فانه اذا كان للفظ او للكلمة معنيان فلا بد من ترجيح احدهما والا فعند تعذر الترجيح تلغى الكلمة وتهمل

مثلاً كلمة مولى فانها تفيد معنيين احدهما المنعم وتطلق على المعتق بصفة اسم الفاعل. والثاني المنعم عليه او المعتق بصفة اسم المفعول فلو كان لرجل مولى معتق بصفة اسم الفاعل، ومولى معتق بصفة اسم المفعول، واوصى هذا الرجل قبل موته بشيء لمولاه مثلا اوصي بالف من مالي لمولاي دون ان يزيد توصيفاً وتفسيراً فمات مجهلا بينهما، فهذا كلام مشترك المعنى بلا مرجح لانك ان رجحت المولى المنعم لم يكن من سبب لترجيحه على المولى المنعم عليه. وعند عدم الترجيح لا يعمل بالكلام بل يهمل ولا يعمل به للاثنين معاً بحيث يقسم بينهما الموصى به. لان الموصي قصد بالمفرد واحداً وليس اثنين

المادة الثالثة والستون

ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

راجع المادة ١٠٤١

مأخوذة عن الاشباه وواردة في المجامع

كل شيء اما ان يكون قابلاً للتجزئة بحيث يبقى منه فائدة من كل جزء من الاجزاء التي يتجزأ اليها، او ان يكون غير قابل للتجزئة مع شرط الفائدة

فالغرش هو مجموع قابل التجزئة فكل فرد من افراده يفيد وحده حكماً

وزيد او فرس جسمان لا يمكن تجزئتهما مع بقاء فائدتهما

فاذا قلت لك انا كفيل لك بثلث الف غرش لك في ذمة زيد، صحت كفالتي بحق ثلث الالف وهو مبلغ معلوم يمكن تجزئته من اصل الالف

واذا كفلت لك نصف زيد في باب الكفالة بالنفس. فلانه لا يمكن تجزئة زيد الى نصفين، ولان اعمال الكلام اولى من اهماله، ولانه عند تعذر الحقيقة يصار الى المجاز، اكون كفيلاً بالنفس لزيد، لي احضاره «كاملاً»

وكذلك اذا حكم على رجل بالقصاص وعفا احد الورثة عن بعض ذلك الرجل. فالعفو يشمل كل الرجل لتعذر تجزئة العفو عنه وكذلك حق الشفعة فانك ان اسقطت بعضه يسقط جميعه فلو كان لك حق شفعة في ارض وعلمت بيعها بثمن معلوم فلك ان تطلب شفعتك. ولكن لو قلت اني اسقطت نصف شفعتي، فاذ كان ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله تكون اسقطت جميع شفعتك

ومثل ذلك في الحقوق المعينة، كما لو قال تزوجتها بثمانية دراهم فضة. مهراً فانه يسري على عشرة لان اقل المهر عشرة دراهم، فذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

المادة السابعة والستون

المطلق يجري على اطلاقه، اذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة

راجع المواد ٥٧٢ و٨١٧ و٨١ و٨٣٠ و١٤١٤ و١٤٧٤ و١٤٨٢ و١٤٨٣ و١٤٨٤ و٤٩٤ و١٤٩٥

هذه المادة مأخوذة عن المجامع ، فقد ورد فيه ان المطلق يجري على اطلاقه ، كالمقيد على تقييده : وورد ايضاً في خاتمته : انما يجري المطلق على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة

واعلم ان الفقهاء قد اختلفوا في تعريف المطلق على ان الرأي المعمول به : هو ان المطلق هو الشائع في جنسه بلا شمول ولا تعيين والمقيد هو الخارج عن الشيوع بوجه ما

والقول الآخر هو : ان المطلق : انما هو اللفظ الدال على الذات دون الصفات ، لا بالنفي ولا بالاثبات . والمقيد هو اللفظ الدال على الذات بصفة زائدة ، وهذان القولان هما اهم الاقوال

وعلى كل فان المطلق يفيد الاطلاق والمقيد يفيد التقييد

والتقييد يكون بالنص و يكون بالدلالة

لو قلنا حصان ، فهذه الكلمة تجري على اطلاقها على كل حصان مهما كان نوعه وجنسه . ولو قلنا حصان احمر قيدناه نصاً بلون معلوم ولكنه ما خرج من اطلاق نوع الخيول الحمر ، واما لو قلنا حصاني الاحمر وكان لي حصانان احدهما احمر والآخر ازرق وقع التعيين

وكل احد آخر قائلاً : اشتر لي حصاناً . فهو اي الوكيل بالخيار ان يشتري اي حصان شاء . ولو قال له اشتر حصاناً ادهم تقيد باللون ولو قال اشتر حصان يوسف الاحمر تعين الحصان

جاء رجل الى الخياط واعطاه قطعة نسيج (قماش) قائلاً خط لي هذا القماش رداء ، فالخياط نظراً الى الاطلاق له الخيار بان يخيطه بنفسه او بواسطة عماله ، واذا هلك بيد العامل بلا تعد ولا تقصير لا يضمن العامل ولا الخياط . واما لو قال له خط لي هذا القماش بيدك فلا خيار للخياط ، وعليه ان يخيطه بيده ، لانه قيده صراحة ونصاً

راجع المواد ٥٧١ و٥٧٢ و٥٧٣

كذلك لو جاء زيد وقال لجاره اعرني دابتك لاركب عليها اليوم واعاره اياها ، فله ان يركب اين شاء طيلة ذلك اليوم لعدم تقييد العارية بالمحل ، فلو هلكت دون تعد ولا تقصير لا ضمان عليه

واما لو مضى اليوم وبقي راكباً ولم يردها فهلكت ، ضمن لتعديه اليوم ، لانه مقيد باليوم

وكذلك لو قال اعرني اياها لاركب الى المحل الفلاني ولا يحق له تجاوزه وان فعل ضمن

وكذلك يضمن لو اعارها الى آخر ، لانه في قوله لاركب عين الراكب وهو هو بنفسه راجع المادة ٨١٦

كذلك الوكيل بالبيع دون ذكر قيد ، فانه يبيع ما شاء بما شاء من

اموال الموكل . واما الوكيل المقيد لكي يبيع المال الفلاني او الى فلان او بثمن كذا ، فلا يجوز له الخروج عن حد الوكالة (انظر المادتين ١٤٩٤ و ١٤٩٥) . كل هذه الامثلة على التقييد بالنص

واما التقييد بالدلالة فمنه . لو كان واحد ممن يعملون باجارة الخيل ، ويتعيشون من ذلك وهؤلاء كانوا كثيرين في البلاد والمدن فان الواحد منهم يقتني خيولاً للاجرة ، فمتى اراد احد الاستئجار الى محل ، او الى وقت معين ، وجد دابة يركبها

واما الخيول التي يقتنيها هؤلاء فهي في الاغلب تكون من نوع البراذين التي ندعوها (الكدش) وان اثمان هذه تكون منحطة او بالكثير ذات ثمن وسط

فلو ان واحداً من هؤلاء الناس وكل آخر وهو عارف بعمله وحاله لمشترى حصان دون تقييد صريح . فاذا كانت الدلالة تدل على قصده من الشراء لا يلزمه مشترى فرس اصيل عربي بمائتي ذهب او مائة او خمسين مثلاً

لان مثل هذه الخيول الاصيلة لا تستعمل عادة للاجارة للركوب ، ولا للكراء للحمل واما لو اشترى له برذوناً بنحو عشرين ذهباً ولم يكن فيه غبن فاحش لزمه

كذلك من كان وكيلاً بالشراء فهو مقيد بدلالة حالة الموكل ومقاصده المؤيدة بظاهر اعماله

ان عامل الثلج والمشروبات المبردة اذا وكل احداً في الصيف لشراء بعض آلات فاشتراها له في الشتاء، كان مخيراً في ردها لان دلالة العادة والحاجة تقيد الاطلاق

ولو لم يعين له وقتاً

ولو قال له في الايام القريبة من عيد الاضحى: ان يشتري له شاة للقربان، فهو مقيد بالوقت اذ لو اتى به بعد العيد فات القصد فلا يلزم الموكل شيء

راجع المادتين ١٤٨٣ و١٤٨٤ من المجلة

المادة الخامسة والستون

الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

المواد ٣١٠ و٨ ٢ و١٦٢٠

هذه من قواعد الاشباه وقد وردت في المجامع

مثلا لو اراد احد بيع فرس أشهب حاضر في المجلس فوصفه قائلاً بعتك هذا الفرس الادهم بالف غرش، فينعقد الايجاب ويعتبر لفظ ادهم لغواً، اما لو كان الفرس غائباً عن المجلس فوصفه بادهم وهو اشهب لا ينعقد البيع ولا يلغى الوصف

ان الوصف، هو من اسباب التعريف وحكم التعريف المعرفة الصحيحة للمعرف

والتعريف كما يكون في الوصف يكون بالاشارة، وبسائر الاسباب

التي بها تدرك حقيقة الشيء . والاشارة اقوى الاسباب المذكورة لانها تمنع التردد ، فاذا قلت لك هذا ، واشرت الى مشار اليه ، تنفي كل تردد في معرفة لك المشار اليه وعرفت ان قصدي هو ذلك المعين

ومتى كان المشار اليه والموصوف حاضراً واشرت اليه او وصفته فانت قد ادركت حقيقته بمجرد حضوره ، وعلمك هويته فالصفات التي اصفها بها من الالوان وغيرها لا عبرة لها في الادراك ، ما لم تكن من الصفات الباطنية الخلقية

فلو قلت لك مشيراً الى فرس اشهب في المجلس : هذا الفرس الادهم يلبط ، فقولي ادهم عوضاً عن اشهب هو لغو لان الحقيقة التي هي كونه اشهب تلغي الصفة غير الحقيقية التي وصفته بها بقولي ادهم . ولكن قولي «يلبط» صفة لا تظهر لاول نظرة وقد يطول امر معرفتها فهي من الاوصاف غير اللغو لانها تعتبر بمقام الغائب حيث لا تعلم الا بعد التجربة

وسترى في باب الدعوى ان الاموال المنقولة تعرف بوصف جنسها ونوعها وسائر صفاتها المميزة لها عن سواها . واما اذا كانت حاضرة في مجلس الحاكم فتكفي الاشارة اليها والدلالة

قال في الاشباه : «الا ترى ان من اشترى فصاً على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس . ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر انعقد العقد لاتحاد الجنس» ومعنى ذلك ان الوصف اذا اختلف فيه ، لا يمنع الانعقاد في البيع عند اتحاد الجنس . وانه

لا بد من اتحاد الجنس

وحاصل الكلام انه يشترط لاعتبار الوصف لغواً شرطان :

الشرط الاول : ان يكون الموصوف حاضراً في مجلس الوصف

والثاني : ان يكون ذلك المشار اليه متحداً جنساً مع الموصوف

مثلاً : ورد في المادة ٢٠٨ من المجلة ان البائع اذا اشار الى حجر وقال بعتك هذا حجر الماس ، ثم ظهر ان الحجر المشار اليه لم يكن ماساً ، فاذ كان البيع متعلقاً بالماس ولم يكن المبيع ماساً ، ووصف الماس معتبر ، ولعدم وجود هذه الصفة في المبيع ، بسبب اختلاف جنس المبيع الحقيقي عن جنس الماس — قد بطل البيع لانه ورد على الماس ، وهو معدوم في هذا المعقود عليه

الا اذا كان العاقدان واقفين على حقيقة المبيع وعالمين بها ، فلا عبرة للوصف ولا لاتحاد الجنس لان العبرة للوقوف الصحيح على حقيقة المبيع

فلو قال البائع للمشتري مشيراً الى حصان بعتك هذا التيس او هذا الكبش بكذا وقبل منه ، وهو عارف انه حصان وليس تيساً ولا كبشاً — صح البيع مع اختلاف الوصف والجنس و يتعلق العقد بالشيء المشار اليه

لان التعريف في الحاضر يتم باحد امرين ، اولهما الاشارة الى العين والثاني التسمية ، فاذا اجتمعا كان الاعتبار للعين ، وان لم يجتمعا لا يكون للتسمية

المادة السادسة والستون

السؤال معاد في الجواب

يعني ان ما قيل في السؤال صدق في الجواب فكأن المجيب المصدق قد اقر به

ان اطلاق هذه القاعدة وعدم تخصيصها يدلان على جريان احكامها في جميع المعاملات الفقهية والشرعية ، فلو قالت لزوجها هل طلقتني ، فقال بلى كان ذلك منه طلاقاً . ولو قال للمريض هل اوصيت لي بثلث مالك فقال نعم كان موصياً له به . ولو قال هل قتلت زيداً فقال بلى او نعم كان مقراً بذلك

وحكم هذه القاعدة شرعاً اعتبار ان المجيب لدى تصديقه السؤال قد اقر بمضمون السؤال واعترف به

فلو قال المتكلم السائل للمخاطب المسؤول اتعترف بانك مديون لي بموجب هذا السند بعشر ليرات . فاجاب المخاطب المسؤول نعم كان مقراً

وكذا لو اتى المتداعيان الى القاضي فتلا القاضي علناً محضر دعوى المدعي ، وسأل المدعى عليه : هل انت مديون بما ادعى عليك بهذا المحضر فقال (نعم)—فيكون قد اقر ، لانه بقوله نعم كأنه اعاد نفس السؤال . وكأنه قال انا مديون للمدعي بعشر ليرات

وقد ورد في الكتب الفقهية ان الجواب اذا كان بلفظ بلى افاد

التصديق ، وان كان بلفظ نعم فبحسب قواعد النحو هي تصديق لما قبلها من الكلام المنفي او المثبت استفهاماً كان او خبراً ، فاذا كان قيل « لم يقم زيد » او قيل « اقام زيد » او قيل «اما قام زيد » فقلت «نعم » — كان تصديقاً لما قبله وتحقيقاً لما بعده . فيكون معنى الجواب على «لم يقم زيد» انه نعم لم يقم . وعلى «اقام زيد » : انه نعم قام وعلى « اما قام زيد »: نعم ما قام زيد

واما لو اجبت بلى لكان الجواب في كلها انه قد قام

على ان اكثر المشايخ على قاعدة الامور بمقاصدها وعلى قاعدة ان دقائق اللغة لا تكون سبباً لضياع الحق وحرجاً على طلابه ، فاعتبروا الجواب تصديقاً على انه قام سواء اكان بنعم او ببلى لان الاقرار يحمل على العرف لا على دقائق اللغة

غير انه اذا زاد في الجواب شرطاً وتفسيراً عتبر ذلك كلاماً مستقلاً فلو قيل له هل اشتريت فرس هذا بالف ، فاجاب « نعم بتسعمائة » — لا يكون السوءال معاداً بالجواب بل يكون هناك كلام جديد

المادة السابعة والستون

لا ينسب الى ساكت قول . ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان

هذه القاعدة ذات شقين ، احدهما « لا ينسب الى ساكت قول » . فهذا الشق من الاشباه . والشق الثاني هو استدراك وتفسير للاول « ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان » مأخوذ من كتاب المرآة في اصول الفقه حيث قال « ومنه اي من بيان الضرورة السكوت لدى الحاجة الى البيان ، بان يدل عليه (اي على كون السكوت بياناً) — حال المتكلم اي الذي شأنه التكلم في الحادثة لانه المتكلم بالفعل فان السكوت ينافيه »

وفلسفة هذه القاعدة هي ان بعض احوال وحوادث تأتي في الشرع بان يسكت الذي وجب عليه الجواب ، وهو من دعوناه المتكلم اي الذي كان عليه ان يتكلم في الحادثة ، فهل يعتبر هذا السكوت دليلاً شيء ؟ قالوا : لا ينسب الى ساكت قول . وهذا طبيعي لان من لم يتكلم بشيء ولم يقر به كيف ينسب اليه الكلام والاقرار . ولكن اذا كان السكوت لدى الاضطرار والحاجة الى البيان ، فهذا السكوت يعتبر جواباً وذلك عن طريق الدلالة

مثال الاول : لو وقف رجل عند باب دكان ورأى فيها التاجر يبيع والمشتري يشتري ، وكان المبيع ملكاً لاخي ذلك الرجل او لولده ، فسكت ، ولم يقل شيئاً — فلا ينسب له انه قال ، ان المبيع هو ملك

البائع او المشتري فيما لو مات اخوه وكان هو وارثه وادعاه بالارث

ومثال الثاني : لو بعت انا قطعت ارض من زيد وكتبت صكاً واشهدت عليه عمر . وصدق الموظف الرسمي البيع والشهادة ثم جاء عمر يدعي ملكية العقار لسبب سابق لتاريخ الشهادة لا يسمع منه الادعاء لانه شهد لي بملكيتي ، ولزيد بشرائه ملكي . فسكوته عن الادعاء يعتبر اقراراً

ومنه في المحاكمات لو ان المدعى عليه لم يجب عن دعوى الخصم نسب اليه القول بانه منكر ، لان السكوت في معرض الحاجة اوجب الجواب ولكنه لم يوجبه بالاقرار بل نوجبه انكاراً لان المدعي مكلف باثبات دعواه ، فلا يعتبر سكوت المدعى عليه اقراراً ، وانما اعتبر انكاراً لان الانكار فرع عن براءة الذمة التي هي الاصل

ومما هو عن الفرع الثاني : انه لو جاء المؤجر الى المستأجر وقال ان اجرة بيتي عن السنة القادمة مئة دينار فسكت المستأجر وبقي ساكناً في المأجور ، يكون بذلك كأنه اقر بانه جدد الاجارة على مئة دينار لانه كان يلزمه الجواب في معرض الحاجة . فسكت ، فسكوته هذا كان اقراراً وقولاً ايدته السكنى ، وفي المحاكمة اذا وجبت اليمين على المدعى عليه وعرضها القاضي عليه فسكت اعتبر ناكلاً عن اليمين اي كأنه قال لا احلف

والخلاصة : انه لا يقال عن ساكت انه تكلم ولكن اذا وجب

الكلام فسكت وكان معرض الحاجة ، اعتبر السكوت كلاماً وفسر بدلالة ما سبق من حال موجبة له وهذا ما سموه (بيان الضرورة)

ان المواد الآتية من مواد المجلة هي شواهد وادلة على اعتبار السكوت في معرض الحاجة بيان

١٧٥ و٢٧٦ و٢٨١ و٣٣٥ و٣٤٤ و٤٢٦ و٤٣٨ و٧٠٧ و٧٢٢ و٧٤٣ و٧٧٢ و٧٧٣ و٨٠١ و٨٤٠ و٩٧١ و١٠٣٢ و١٤٥١ و١٤٨٥ و١٣٧٦ و١٥٦٨ و١٥٨٠ و١٦٥٩ و١٧٥١

ومن امثلة ذلك : لو ان الزوجة اعطت ابنتها جهازاً من اشياء الزوج اي والد البنت ورأى وسكت تملك البنت الجهاز . وكذلك لو اشترت لما امها بدراهم ابيها جهازاً معتاداً وسكت يكون اذناً منه وتملكه البنت ولا شيء على الزوجة

المادة الثامنة والستون

ان دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه

راجع المواد ٢٥٠ و٣٠٣ و١٣٠٤ و١٣٠٥ و٧٦٩ و١٧

يعني ان ما يتعسر الاطلاع على حقيقته من الامور الباطنة يحكم عليه بدلالة الظاهر ، لانه عند تعذر الاطلاع على الباطن يقام الظاهر مقامه

قلنا سابقاً : ان الامور بمقاصدها : وقلنا ان المقاصد من الامور الخفية الباطنة فمعرفتها يستدل عليها من الظواهر كرجل يحمل سلاحاً

فماذا يقصد بذلك

الظاهر يدل على حمله السلاح انه يقصد به شيئاً يستدل عليه من نوع السلاح وزمان حمله ومحله فاذا كان سلاح صيد وزمان (الفري) وهو في حقل مزروع قلنا انه يصطاد الفري . ولو نوى خلاف ذلك فالله رب النيات

واما اذا كان سلاحه من نوع السلاح الحربي ، وكان الطريق من الطرق التي تحدث عليها حوادث القتل ، خفنا منه او تحفزنا لمحاربته لاننا ندرك بالطبيعة ان ظواهره تدل على باطنه وهو قصد قطع الطريق ومن هذا المثال نفهم ان الظاهر دليل على الباطن

في المحاكمات الجزائية والعقوبات نعتبر السلاح دليلاً على القصد في القتل ، فلو قتله بسلاح قاطع او رصاص قلنا انه قاتل قصداً فلو كان راصداً له في الطريق فلما رآه اطلق عليه السلاح قلنا انه قاتل عمد ، ولو ضربه بعصا او حجر قلنا شرعاً انه شبه عمد ونظرنا في العقوبة الى ما رافق فعله من المظاهر . ولو داسه حصان او سيارة قلنا خطأ . وذلك الى ان يثبت عكس هذا الدليل الظاهري

رجل وجد في الطريق لقطة فهي امانة عنده شرعاً . ولكنه عليه ان يعلن إلتقاطه اياها واذا لم يعلن استدل الناس بسكوته على قصده تملكها فيكون غاصباً

ومنها تصرف المشتري بالمبيع بعد اطلاعه على ما فيه من عيب

قديم ، فتصرفه هذا يدل على رضاه فيمنع من الرد بالخيار

اخذ المشتري الفرس وركبه الى بيته فوجده مصاباً بداء برجله ، وابقاه عنده شارعاً في العمل عليه من ركوب او حمل او باعه اوعرضه للبيع، أليس كل ذلك رضا منه بما هو عليه من عيب قديم ،نعم ان رضاه من الامور الباطنة التي لم يصرح بها ، لكن بعمله ماعمله على الفرس وبعرضه اياه للبيع، او بيعه بعداطلاعه على عيبه، برهاناً ظاهراً ودليلاً على رضاه (راجع المادة ٣٤٤ والمادتين ٧٦٩ و ٧٧٠ من المجلة)

ومنه المثل العام القائل : الرزق ملك متسلمه يعني ان تسلم شخص ملك او عقار وتصرف فيه انما هو دليل على ملكيته له ، فلو شهد الشاهد بملكية رجل لعقار عرفه في يده وتعرفه ولم يعرف له له منازع ، يشهد عن عقيدة وحسن نية وتصدق شهادته . ولو ظهر خلافها من ان ذلك الواضع اليد امين او وكيل

الا انه يتعذر على الشاهدمعرفة حقيقة تملك الرجل للعقار . وهو اقام الظاهر دليلاً على الباطن واعتمده واستند اليه في شهادته

المادة التاسعة والستون
الكتاب كالخطاب

راجع المواد ١٦٠٦ — ١٦١٢

ان للناس في اظهار بواطنهم ومقاصدهم طرقاً كثيرة اوضحها الكلام والاشارات والكتابات واثبتها على ممر الزمان الكتابات

فالخط يبقى زماناً بعد كاتبه وكاتب الخط تحت الارض مدفون

والكتابة تكون اما نقشاً على حجر ونحوه، واما خطاً على ورق او عظم او على شجرة او حائط او حجر او خزف الخ

وما نحن الآن في صدده من الكتابات هو تلك التي تحتوي على اقرارات الناس وعقودهم ومنها صكوك المبايعة والمداينة، ومراسلات الناس في التجارة والاشغال الاخرى، ودفاتر التجار. وهذه كلها اما ان تكون بين اثنين او اكثر من البعيدين يتراسلون بها ويتعاطونها او بين الحاضرين يوثقون بها عقودهم ويوطدون بها ما جرى بينهم من صكوك وديون ومعاملات. وكلها متى اشتملت على اقرار بحق لزم المقر ووجب عليه

وقد افردت المجلة باباً مخصوصاً للاقرار بالكتابة وخلاصته ان كل من اعطى كتاباً او سنداً وقع فيه امضاءه او ختمه يعتبر هذا التقرير الخطي كالتقرير الشفهي

وفي القوانين الاخيرة من تجارية وعادية نصوص على السندات

وانواعها منها الرسمية وهي المسجلة لدى موظف مخصوص والعادية. وهي الممضاة والمختومة من اصحابها طبقاً للعرف والعادة من رسومها الخ

ومما يجب معرفته في هذا الباب ان الكتابة سواء كانت بخط ممضي السند المقر، او بخط غيره فيكفي لالزامه اياها ان يكون قد امضاها ولذلك صرحت المجلة في المادة ١٦١٠ ان من كتب او استكتب سنداً واعطاه آخر ممضى او مختوماً بختمه، يعتبر مثل تقريره الشفوي

ومتى انكر الرجل (المسند اليه امضاء السند وختمه) الامضاء والختم انهما له، ينظر ان كان ذلك معروفاً فلا يسمع انكاره، وان لم يكن معروفاً فيستكتب على يد الخبراء وهؤلاء يدققون في الخط المنسوب اليه وفي الخط الذي كتبه بحضورهم. فان كانا متشابهين ومتطابقين يقررون ان المنكر من خط وامضاء، انه انما هو خطه وامضاؤه، ويحكم عليه بصحة مضمون السند ان كان بهما ما يوجب عليه فيها عهدة او اشتغال ذمة

ويسمع في هذا الباب معلومات الذين حضروا كتابة السند ورأوه يمضيه او يكتبه

والخلاصة ان الكتابة كالمخاطبة والتقرير الخطي كالتقرير الشفوي راجع الباب المخصص بالاقرار كتابة في المجلة، وفصل تطبيق الخط والختم في اصول المحاكمات الحقوقية

المادة السبعون

اشارة الاخرس المعهودة كالبيان باللسان

المواد ١٧٤ و٤٣٦و١٥٨٦و١٨٥٢

هذه المادة مرتبطة بما سبقها من جهة ان للانسان في حياته حقاً، وعليه واجباً وان لا بد في استحصال الاول وايفاء الثاني من البيان · فالبيان بالاشارة عند عدم امكان الكلام معتبرة للضرورة

وعدم امكان الكلام نقصد به حقيقة العجز عن الكلام وذلك بالخرس، وهو قاطع الكلام الاخرس ومانع منه ففي كل موضع وجب للاخرس حق يستحصله ويطلبه او وجب عليه واجب يدفعه جازت اقراراته باشارته المعروفة المعهودة عدا الحدود لانها تدرأ بالشبهات، وهي العقوبات الصغيرة · امافي القصاص فتعتبر اقراراته بالاشارة لمافي القصاص من معنى العقوبة

ولا تقبل شهادة الاخرس لفقدان كلمة اشهد وهي شرط الشهادة · ولا يترتب بذلك حقه له · ولا يبرأ منها من حق عليه

واما بيعه وشراؤه واجارته واستئجاره فصحيحات · ومتى وقف امام القاضي بسبب مقبرل وكان القاضي يعرف اشاراته المعهودة و يفهم مقاصده سأله واستجوبه بالاشارات · والا استحضر القاضي ترجماناً محلفاً عارفا باشارة هذا الاخرس وحركاته ويكون الترجمان من المعروفين بالخير وحسن الاخلاق وعلى لسانه يستجوب الاخرس

وفي زماننا قد حصل من العلم والممارسة ان بعض الخرس يكتبون
فان كان الاخرس ممن يحسن الكتابة فلكتابته حكم ما لكتابة غيره من
سائر البشر

على ان معرفة الكتابة لا تمنع من استعمال اشاراته المعهودة واعتبارها
لانها تقوم مقام الكلام والكتابة لم تلغ شيئاً من احكام الكلام

قال في تكملة البحر في آخر الكتاب في مسائل شتى : ففي الكتابة
زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان قصد البيان في الكتابة معلوم حساً
وعياناً . وفي الاشارة زيادة اثر لم توجد في الكتابة لان الاصل الكلام
في البيان لانه وضع له . والاشارة اقرب الى الكلام ، لان العلم الحاصل
بها حاصل بما هو مفصل بالتكلم وهو اشارته بيده او برأسه فصارت
اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا ولا يقدم الواحد على الآخر

واعلم ان هذه القاعدة مأخوذة عن الاشباه فقد قال فيه :

الاشارة من الاخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل شيء من
بيع واشارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وابراء قرار وقصاص

وفي المجلة ان الاخرس يوكل عنه بالاشارة من يشاء لتعاطي اموره

راجع المواد ١١٧٤ و٤٢٦ و١٥٨٦

والاخرس اما ان يكون اخرس خلقة وطبيعة ، او بسبب عارض
فالاخير لا تعتبر اشارته ما لم يتحقق عدم شفائه وهذا الاخير يسمى
معتقل اللسان

المادة الواحدة والسبعون
قول المترجم يقبل مطلقاً

المادة ١٨٢٥

وهذه المادة من توابع البحث في كيفية البيان . فاذا حصل ان احد الاعاجم جاء يريد عملاً في بلاد العرب، الا يستعين بترجمان يؤدي بواسطته قصده وفكره فتقضى اشغاله

كذلك في المحاكم

فان القاضي ينصب ترجماناً بينه وبين الاجنبي اللسان

على ان يشترط في الترجمان حسن الاخلاق والعدالة ويحلف اليمين على اداء الترجمة صحيحة وبعد ذلك ينقل كلام الترجمان مطلقاً

وكان الامام محمد قد رأى ان يكون الترجمان اثنين على قاعدة نصاب الشهادة: باعتبار ان الترجمة كالشهادة . واما الشيخان وهما — على ما علمت — الامام الاعظم وابو يوسف، قالا بقبول ترجمان واحد . وقد مشت المجلة على قولهما، وفي هذه المادة وفي المادة ١٨٢٥ ذكر الترجمان بالفرد وليس بالمثنى ولا بالجمع وهذا اقرب منالاً في الوقت الحاضر وان كان الترجمانان اكثر حيطة

المادة الثانية والاربعون
لا عبرة بالظن البين خطأه

المادة ٩١٤و١٠١١و١٢٠٣و١٧٤١و١٨٠٨

هذه مأخوذة عن الاشباه

راجع ما قدمناه في شرح المادة الرابعة [اليقين لا يزول بالشك] من تعريف وتفسير الظن ومتى عرفت ان الظن هو خلاف ، وانه من قبيل الشك اي من قبيل التردد ، والتردد هواستواء طرفي القضية في الرجحان ، وانه عند رجحان احد الطرفين كان الراجح ظناً والمرجوح وهماً ، وان غالب الظن اذا اخذ به،انقلب الى الحق اليقين

متى عرفت كل ذلك — عرفت ان الظن وهو تردد ،اذا ظهر خطأه وانه لا تبقى له قوة ولا حكم لانه ضعيف ولان ظهور الخطأ عرّاه عن كل قوة

لذلك صرحوا بان من دفع شيئاً ظاناً انه واجب عليه، ثم ظهرانه ليس بواجب فله استرداده الا اذادفعه متبرعاً فحكمه بالرجوع حكم الرجوع بالهبة

مثلاً اذا دفع الكفيل الدين ظناً منه انه باق في ذمة الاصيل . ثم ظهر ان الدائن كان استحصل حقه من المديون الاصيل حق للكفيل استرداد ما دفع . ومثله الاصيل لو دفع مع كون الكفيل دفع، فيسترد من الدائن ما قبضه منه (انظر المواد ٩١٤و٨٣٨ و١٠٦١)

المادة الثالثة والسبعون

لا حجة مع الاحتمال الناشيء عن دليل

فلو اقر رجل لوارث من ورثته بدين . فان كان في مرض موته لا يصح ، ما لم يصدق باقي الورثة لاحتمال انه قد حرم باقي الورثة . وهو احتمال يؤيده الدليل الذي هو مرض الموت . واما اذا كان الاقرار في حالة الصحة ، فهو جائز . والاحتمال في هذه الصورة هو احتمال مجرد ونوع من توهم لا يمنع صحة الاقرار

راجع المواد ال ٣٩٣ و ٣٩٤ و ٣٩٥ و ٨٧٩ و ٨٨ و ١٥٩٥ و ١٦٠٦ و ١٧٤١

يعني ان الاحتمالات اذا لم تؤيد بدليل تكون نوعاً من الوهم ولا عبرة لوهم ولا قوة له . واما اذا استندت الاحتمالات الى دليل فلا حجة ضدها . ويصح حكمها ، لانها ترتقي من درجة الوهم الى درجة الظن والظن كما علمت معتبر ما لم يظهر خطأه

وفي المثال الوارد في متن المادة ما يستوجب الشرح : وهو ان الرجل مطلق التصرف في ملكه غير انه متى حصل له مرض ، حجر بسبب المرض بحيث يمنع من بعض التصرفات في املكه . اذ تعلقت امواله حقوق الورثة والدائنين . فالشرع الموكول اليه المحافظة على جميع الحقوق منع المريض مرض الموت من التصرف ضمن شروط معينة

راجع باب اقرار المريض في كتاب الاقرار من مادة ١٥٩٥ الخ

واما اجازة بقية الورثة: فلانهم عند حصول مرض الموت للمورث وتعلق حقهم بالتركة — يخشى من ان يكون الاقرار الصادر من المورث مانعاً لهم من هذا الحق بحرمانهم الارث. ومتى كان لاحد حق اصبح من حقه اجازته واسقاطه. فاجازة الاقرار من قبلهم تصديق له واسقاط لدعواهم به

المادة الرابعة والسبعون

لا عبرة للتوهم

المواد ١٠٦١و١١٩٢و١٢٠٣و١٧٤٠

يعني: انه لا يثبت بالتوهم حكم شرعي. مثلاً اذا كان لاحد شباك مطلاً على مقر نساء جاره، يؤمر شرعاً بمنع هذا الضرر وازالته بسد ذلك الشباك. واما اذا فتح شباكاً فوق علو قامة الانسان بحيث لا يمكن الاطلاع منه على مقر النساء المذكور، فجاء الجار يدعي انه قد يمكن ان يضع جاره سلماً، ومن بعد ذلك يطلع من الشباك على مقر النساء فيطلب سده — فلا يجاب الى طلبه. لان توهمه بوضع السلم لا عبرة له ولا حكم

وكذلك لو جاء رجل يطلب الحكم له بملك دار في الشفعة واثبت حق شفعته، وانه وفى ما عليه من فروض الطلب شرعاً، فقال المشتري المدعى عليه ان لهذه الدار شفيعاً آخر. فيمكن ان يأتي غداً او بعده و يدعي الشفعة فلا يمكن ان يحكم للحاضر بالشفوع جميعاً

فلا يلتفت الى قول المدعى عليه لانه من قبيل التوهم . ولا عبرة للتوهم ، ولا يكون ذلك سبباً لتأخير الحكم للحاضر

ومثله لو اوصى واحد لآخر، بمال وصية صحيحة ومات الموصي ، فاذا كان الدين يقدم على الوصايا، لا يمكن الورثة ان يقولوا في دعوى الموصى له انه من الاحتمال ان يظهر دائنون ، فلذلك نطلب تأخير الحكم الموصي له . لان احتمال ظهور دائن امر موهوم في الوقت الحاضر ولا عبرة للتوهم . واذا ظهر حقيقة في المستقبل فالتركة محجوزة بطبيعتها فيأخذ الدائن ما خصه ممن في يده شيء من التركة ممن هو مقدم درجة

راجع المواد ١٠٩٢و١٠٧٤و١٢٠٣و١١٦١

ومن ذلك ما صرّحوا به في مثال القرينة القاطعة : وهو انه لو رؤي رجل خارجاً من دار مذعوراً راكضاً يحمل في يده سكيناً ملوثة بالدم وثيابه ملطخة به ، فدخل الناس فوراً الى حيث خرج فوجدوا في الدار رجلاً مذبوحاً يمج دمه فاسلم الروح . فالعقل يؤكد بناء على هذا: انه ظهر ان الرجل الذي شوهد راكضاً حاملاً السكين على الصورة المذكورة هو القاتل . ولو قال قائل انه يحتمل ان يكون الفاعل غيره وان يكون الفاعل فرّ من جهة اخرى فهذا توهم لاعبرة له ولا حكم، مالم يؤيد التوهم بالادلة، فيكون بحكم كونه لاحجة مع الاحتمال المؤيد بدليل

المادة الخامسة والسبعون
الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

المواد ١٦٠٦ و١٦١٢ و١٦٧٤

هذه المادة تفيد حكم البرهان ، فالبرهان المقنع للعقل هو بقوة العيان المقنع ، والقصد في القضاء والاثبات : الاقتناع بصحة الجهة التي يحكم بها

مثلاً : اذا ادعى لدى القاضي مدعٍ بالف غرش بذمة المدعى عليه: فانكر المدعى عليه الدين، واثبت المدعي دعواه بسند صحيح خالٍ من شائبة التزوير والتصنيع وهو بخط المدعى عليه وامضائه وختمه فالقاضي يحكم بقوة هذا البرهان بان ذمة المدعى عليه مشغولة بالدين ويلزمه دفع مثله الى المدعي . وحكمه هذا يكون عن اقتناعه يضاهي اقتناعه فيما لو شاهد بنفسه المدعى عليه يقبض الدين مستديناً من المدعى

والبرهان لغة بمعنى الدليل والحجة الواضحة ، واصطلاحاً منطقياً هو القياس المركب من مقدمات يقينية . وفي اصطلاح الاصوليين يعني الفقهاء: هو البينة العادلة التي تفرق بين الحق والباطل، وتميز الصحيح من الفاسد . والقصد هنا هو البرهان الفقهي الاصولي او البينة ، وسترى في محله في شأن اسباب الحكم ، ان منها البينة وهي اما شخصية واما خطية ولذلك نقول عن السند بينة

راجع كتاب الاقرار وكتاب البينات وكتاب القضاء من المجلة

لانها متفرعة عن هذا الاصل

واعلم ان المواد الآتية وهي ال٧٦ - ٨٠ متفرعة عن هذه المادة، والقصد انما هو حصول العلم للقاضي ليقضي بحق لواحد على آخر

المادة السادسة والسبعون

البينة على المدعي واليمين على من انكر

انظر المواد ال١٦٧٦ و١٦٨٢ و١٧٤٣ و١٨١٧ و١٨١٨

البينة : هي الاثبات او مجموع الادلة التي تشعر بصدق المدعي وتسمى حجة

المدعي : هو من يدعي على الآخر حقاً في حضور الحاكم : المادة ال١٦١٣ من المجلة

المحق : هو من اثبت مدعاه

اليمين : هي القسم والحلف

يعني لو ادعى واحد امام المحاكم طالباً حقاً من ذمة خصمه ، فانكر المدعى عليه ذلك الطلب فبموجب المادتين ال١٨١٧ و١٨٠٨ يطلب يطلب الحاكم من المدعي برهاناً او اثباتاً او بينة على دعواه . فان قال اني عاجز عن الاثبات يعني عن البرهان والبينة ، افهمه القاضي ان له حق تحليف خصمه . فان طلب تحليف الخصم المنكر حلفه القاضي . وهو اما ان يحلف فتسقط دعوى المدعي و يحكم بردها . او ان ينكل اي

يمتنع من القسم، فيحكم عليه بالمدعى به لان نكوله هو جواب بالاقرار

هذه القاعدة لا يعدل عنها في القضاء حتى لو حلف الذي لا يجب عليه اليمين، او نكل، لا يحكم بنكوله ولا بيمينه

واعلم ان هذه القاعدة المهمة هي مدار القضاء في باب احقاق الحق لان الرجل الذي يدعي اي ذلك الذي جاء يوجب على ذمة الآخر حقاً — يلزمه الاثبات. واما اذا عجز فله من ذمة خصمه اليمين وهي مراجعة للدين والضمير يلجأ اليها الرجل لاثبات حقه على خصمه. وهذه القاعدة خلاصة حديث شريف تقبله وقال به الايمة جميعاً: وهو كمال الروايات «لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر»

وسترى ان اليمين لا تلزم إلا في الدعوي الصحيحة ولا تكون إلاَّ بطلب الخصم في ما عدا مواضع معينة منها يمين الاستظهار

ولا تجوز النيابة في اليمين

﴿ ذيل ﴾

سميت اليمين يميناً لان العرب كانوا اذا حلفوا، او اذا لزم احدهم القسم ضرب الحالف يده اليمنى في يد خصمه اليمين ومسها فسميت يميناً

الغربيون اذا اقسموا يرفعون يدهم اليمنى

واليمين في المجاز تفيد القوة والقدرة

وفي اصطلاح الفقهاء هو تقوية احد طرفي الخبر في ذكر الله لان الخبر — كما يعلم — يحتمل الصدق والكذب. فلاجل تقوية طرف الصدق، يحلف المخبر اليمين فيقوي طرف الصدق

وترى في باب البينة واليمين تفاصيل وشروحاً مفيدة . غير انه قد يحلف احد الناس كذباً فكذبه هذا لا يعيق الحكم ببراءة ذمته في دعوى الحقوق

واذا شاء خصمه رجع الى الحاكم الجزائي مدعياً دعوى اليمين الكاذب، وعند ثبوت كذب اليمين يجازى الحانث بالحبس لا اقل من ستة شهور ومع ذلك فحلف اليمين الكاذبة مذموم شرعاً وموجب عقوبة الآخرة

المادة السابعة والسبعون

البينة شرعت لاثبات خلاف الظاهر . واليمين لابقاء الاصل

هذه من قواعد الاشباه

شواهد المواد ١٥ و ١٠ و ١١ يعني ٧٨٥ و ١٦٨٣ و ١٧٧٦ و ١٧٧٧ و ١٦٠٢

سترى ان البينة لا تقام على المحسوس . لان الحس والظاهر برهان كاف للحكم على حقيقة القضية . واما اذا لم يكن المحسوس والظاهر مؤيداً للدعوى، فالبرهان والاثبات واجبان ولذلك شرعت البينة

فمن تمسك بظاهر الحال ايد به دعواه

ومن ادعى شيئاً غير ظاهر اثبته بالبرهان

وان الاصل براءة الذمة

فمتى ادعى انه باع هذا المال اذ كان صبياً قاصراً فلا ينفذ البيع فيطلب رده . وقال المدعى عليه انك بعتني هذا المال بعد بلوغك فهو بيع نافذ فلا اردهـ — ينظر في القضية هكذا :

الاصل انه كان صغيراً

والعارض انه صار كبيراً والعارض هو خلاف الظاهر اي خلاف الاصل والصفات العارضة اصلها عدم وجودها

فعندئذ — بحسب الاصول — يكون القول لمدعي الصغر وعليه اليمين ، ويكون البرهان او البينة على مدعي الكبر لانه خلاف الاصل والظاهر . فان اثبت مدعي الكبر ان البيع حدث في حال البلوغ نفذ البيع ولا يرد . وان عجز وطلب تحليف مدعي الصغر اليمين على كونه لم يكن بالغاً يوم باع منه المذكور ، فحلفها — فسخ البيع واعيد المال لصاحبه المدعي . وان نكل المدعي الصغر عن اليمين لزم البيع وردت دعواه

وانك ترى ان اليمين حلفها مدعي الصغر ، وهو بالاصل مدع دعوى اعادة المبيع فلا يشكل عليك من ذلك انه كيف صارت اليمين على المدعي . بل اعلم ان دعوى المدعى الصغر تعارض دعوى خصمه الكبر . ودعوى الكبر اي البلوغ خلاف الاصل فعلى مدعيها البينة كما علمت . وعندئذ يصبح مدعي البلوغ مدعياً بهذا الشق في الدعوى ، والمدعي الصغر مدعى عليه به

وهذا عينه تراه في كل دفع دعوى . فان الدفع هو دعوى اخرى

ضمن الدعوى الاصلية تتضمن الاقرار بالاصل وادعاء شيء مسقط له

افليس كذلك دعوى دين يعترف المدعى بصحته ، ويدفعه بدعواه الايصال . الا يكون اقر باصل الدين وادعى الايصال فيلزمه البرهان على الايصال ، فاما ان يثبت او يطلب يمين المدعى عليه على الايصال . وهو المدعي في اساس الدعوى

المادة الثامنة والسبعون

البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة

راجع المادة ١٦٤٢

وفي الكتب الفقهية « والاصل ان البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره »

يعني ان ما يثبت بالبينة والبرهان يتعدى اثباته ساحة خصومة الحاضر من الخصوم الى الآخرين

واما ما يثبت باقرار المقر فيلزم اياه هو دون غيره . لعدم ولايته على سواه . الا اذا كان ممن تلقوا الملك عنه بعد الاقرار فيسري اقراره عليهم لقيامه مقامهم

ان تعدي البينة لاسباب: منها انها اثبات بقوة الشهادات والبراهين الخارجة عن الخصم المدعى عليه . ومنها انها لا تكون الا في حضور الحاكم ومنها ان الحاكم يقويها باصدار الحكم فمتى تعلق بها حكم حاكم وتأيد بالصور الشرعية — تعدت الى غير المدعى عليه

واما الاقرار فهو جائز بحضور خصم وبغير حضور حاكم وهو صفة خاصة بالمقر

مثلاً : اذا ادعى واحد مالاً من تركة ميت قائلاً هذا المال ملكي وكانت دعواه بوجه احد الورثة وهم عديدون فان اعترف الوارث واقر لزمه باقراره - مقدار نصيبه من الارث في ذلك المال . فان كان يرث الربع نفذ الاقرار بربع ذلك المال ولا يتعدى الى بقية الورثة ولا الى حصصهم

وكذا النكوص عن اليمين فحكمه حكم الاقرار فلو انكر الوارث وطلب المدعي اليمين وتقررت اليمين فنكل الزم بنكوله بربع المال على ما علمت . واما لو اثبت المدعي دعواه بالبينة وسائر الحجج الخطية والبراهين القاطعة : ان ذلك الملك هو له فحكم الحاكم بذلك - نفذ الحكم وتعدى الى جميع الورثة . وحكم هذه المادة يجري في دعاوي النسب . فمن ادعى انه ابن فلان بوجه المولد الآخر اذا اثبت بالبينة اعتبر وارثاً وان اقر المدعى عليه لزمه للمقر له حصته

مثلاً لو مات رجل وله ولدان معروفان به ، فجاء ثالث يدعي انه ولده ايضاً فان اثبت بالبينة اقتسموا التركة مثالثة وان اثبت باقرار احدهما فالمقر مؤاخذ باقراره فيكون نصيب غير المقر النصف ويعطى المقر له ثلث ما اخذه المقر من التركة اي سدس مجموع الانصبة

المادة التاسعة والسبعون

المرء مؤاخذ باقراره

راجع المواد ١٥٧٣ و١٥٨٧ و١٥٧٥ و١٥٧٦ وجميع موادالاقرار شفهياً وكتابة

مثلاً لو ادعي احد في ذمة آخر الفاً واقر المدعى عليه بها وجب عليه ما اقر به وان الاقرار من الحجج الشرعية وقد ورد في الاشباه

« الحجه بينة عادلة أو اقرار او نكول عن اليمين »

والاقرار منصوص عليه في الكتاب وورد فيه الحديث واجمعت الايمة على قبوله . والعقل والقياس يؤيدانه

ولكن لا بد لاجل صحة الاقرار من ان يكون صادراً عن عاقل فالعقل شرط . لذلك لا يصح اقرار الصغير والمجنون والمعتوه

وكذلك يشترط فيه الاختيار اي حرية المقر فلا يصح اقرار المكره ولا المحجور عليه

المادة الثمانون

« لا حجة مع التناقض . لكن لا ينقض الحكم الصادر على المتناقض »

المواد ١٦١٥ و١٦٤٠ و١٦٤٨ و١٦٥٣ و١٦٥٤ و١٦٥٥ و١٦٥٧ و١٧٢٨ و١٧٢٩ و١٧٣١

فلو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تقبل الشهادة لتناقضهما اما لو قضي بها القاضي اولاً ، لا ينقض الحكم بل يلزم الشاهدين ضمان المحكوم

به (راجع مادة ٧٢٩)

الحجة هي الدليل المسبب للحكم . وهي على ما ورد في الاشباه (بينة عادلة او اقرار او نكول عن اليمين)

والتناقض : هو تدافع الكلامين اي اختلاف كلامي الرجل الواحد او من هم في حكم الرجل الواحد فيدفع احد الكلامين الاخر وينقضه . وفي مادة ١٦١٥ من المجلة : التناقض سبق كلام من المدعي يناقض دعواه

غير انه لدى الانعام في المادة ١٨٠ والمثال الذي ورد فيها وفي باب التناقض يرى ان التناقض كما يكون من المدعي قد يكون من غيره كالشاهد . ومؤدى هذه المادة هو انه اذا تقدم للقاضي كلام شرعي من احد كدعوى او شهادة او دفع دعوى ثم تقدم من نفس ذلك الرجل او من يقوم مقامه كالوكيل او الوارث او المتلقي الملك عنه — كلام آخر ينقض الاول ويدفعه ، وكان القاضي لم يربط بالكلام الاول حكماً — فيرد الكلامين بسبب التناقض ولا يبقى من حجة لذلك الرجل لان لا حجة مع التناقض

غير ان التناقض لا حكم له ولا اعتبار في دعاوى الحرية والنسب والطلاق . ويرتفع التناقض عند تصديق الخصم او تكذيب الحاكم ، او في محل الخفاء ، او عند امكان التوفيق بين الكلامين

راجع المواد ١٦١٥ و ١٦٤٧ و ١٦٤٨ و ١٦٥٣ و ١٦٥٤ و ١٦٥٥ و ١٦٥٧

المادة الواحدة والثمانون
قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل

المادة ١٦٣٢

مثلاً لو قال رجل ان لفلان على فلان ديناً وانا كفيل به . وبناء على انكار الاصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم الكفيل اداؤه .

الاصيل هو المديون لاصلي الذي استدان المبلغ

الكفيل هو الشخص الذي ضم ذمته الى عهدته الى ذمة المديون بتعهد بايفاء الدين

والاصل في هذا المثال : هو وجود الدين في ذمة المديون الاصيل والفرع هو لزوم دفع المديون الآخر اي الكفيل الدين بحكم الكفالة

فالاصيل هو المطالب ابتداء بهذا الدين وايفاء الحق المعلق بذمته اي عهدته . واما عند انكار الدين وعدم ثبوته يكون الاصل غير ثابت واما الكفيل فلانه اقر بالكفالة ان للدائن عند لاصيل ديناً وكفله اي تعهد به فبحكم الاقرار الذي يؤاخذ لمقر به على ما علمت في المادة ٧٩ وبحكم الكفالة التي هي ضم ذمة الى ذمة ، لا يبرأ من الدين و يجب اداؤه فمع كون المديون بالكفالة مديوناً فرعاً والفرع عادة يتبع الاصل ، الا انه نظراً الى هذه المادة ٨١ ، ولما علمت من قوة حكم الاقرار والكفالة قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل

وهذه القاعدة من قواعد الاشباه · ولكنه لم يعتبرها قاعدة كلية بل اوردها في القاعدة الرابعة التي هي ("التابع تابع") وهكذا بينما هو يورد تفرعات هذ القاعدة الرابعة قال

«تنبيه: يقرب من ذلك ما قيل يسقط الفرع اذا سقط الاصل · ومن فروعه قولهم اذا برئ الاصيل برئ الكفيل · بخلاف العكس وقد يثبت الفرع وان لم يثبت الاصل ومن فروعه ما لو قال لزيد على عمرو الف، وانا ضامن به، فانكر عمرو، لزم الكفيل اذا ادعاها زيد دون الاصيل كما في الخانية»

المادة الثانية والثمانون

المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت ذلك الشرط

المواد ال ٣٦ ، ٣٠٦ ، ١٨٦ ، ٦٣٧ و ١٨٧ و ٦٥١ و ٢٨٧ و ١٤٥٦ و ٣٠

هذه المادة يجري حكمها على ما جاز تعليقه بالشرط من المعاملات فلزمنا ان نبحث في الشرط والتعليق وفي ما يجوز تعليقه في الشرط من المعاملات فنقول :

ان الشرط لغة هو مصدر لفعل شرط عليه · ومعناه الزام المرء شيئاً والتزامه اياه في البيع ونحوه وقد ورد «الشرط املك عليك ام لك» اي ان الشرط يملك صاحبه في الزامه اياه المشروط ان كان له او عليه · والشرط في اصطلاح المتكلمين هو ما يتوقف عليه الشيء فلا يكون داخلاً فيه ولا مدبراً عنه · وقيل هو ما لا يوجد الشيء بدونه ولا يلزم

ن يوجد عنده . وعند الحكماء هو تعليق حصول مضمون جملة بحصول اخرى . وعند النحاة هو ترتيب وقوع امر على وقوع اخر بواسطة اداة ملفوظة . والشرط في اصطلاح الفقهاء والاصوليين هو الخارج من الشيء الموقوف عليه ذلك الشيء . الغير المؤثر في وجوده كالطهارة بالنسبة الى الصلاة (محيط المحيط)

فان الطهارة شرط في الصلاة ولكنها ليست مؤثرة في وجودها فيكون ان الشرط مع كونه ليس علة وجود ذلك الشيء ، ولا سببه — فان حصول الشيء لا يتم الا بتمام ذلك الشرط ، فهو ليس علة ولا سبباً بل يتوقف عليه ظهور المعلول والمسبب

واما التعليق فهو ربط حصول مضمون جملة على حصول مضمون جملة اخرى . فيقال معلق بشرط . والمعلق بشرط يقال له جزاء الشرط . والتعليق اما ان يكون باداة الشرط او بدونها مع كونها ملحوظة . وسواء ذكرت اداة الشرط ام لم تذكر فانها ركن التعليق .

ولا بد في الشرط من ان يكون معدوماً في الحال ، ممكناً الحصول في المستقبل والتعليق على شيء موجود حقيقة او حكماً فهو تنجيز

واما التعليق على المستحيل فهو تمني العدم فكان لغواً ولم يجز اعتباره

والشرط اما جائز واما فاسد واما لغو

واما تعليقي واما تقيدي

مثال للشرط المعلق على الممكن الحصول المعدم في الحال

لو وكلتك ببيع حصاني هذا الادهم متى جاء التاجر خالد هنا

ان الوكالة ببيع الحصان معلقة على شرط مجيء التاجر خالد هنا . فهنا تعليق على شيء غير موجود حالاً وممكن الحصول في المستقبل . فخالد ليس موجوداً الآن في المحل المشار اليه . ولكن مجيئه اليه ممكن الحصول في المستقبل

مثال للشرط المعلق على شيء موجود حقيقة فيكون تنجيزاً .

اذا طلعت الشمس فانت وكيل عني ببيع حصاني . فهذا معلق على طلوع الشمس وهي طالعة حقيقة فاصبح منجزاً . اي ان الوكالة حصلت في الحال ولا فائدة للتعليق

وهكذا في المعلق على موجود حكماً . فانك لو علقت الوكالة على طلوع شمس غد فانها طالعة حكماً والوكالة امست منجزة . الا اذا اريد فيه التوقيت : اي وقت حلول الشرط فتضاف الى ذلك الوقت

ومثال المعلق على المستحيل فكان لغواً

لو وكلتك ببيع فرس متى هبطت السماء على الارض فهذا لغو .

وحكم التعليق هو منع انعقاد علة التصرف في الامر حالاً اي في الحال فبقي قولي لك وكلتك ببيع حصاني معتبراً توكيلاً ناجزاً غير مقيد بقيد، ولا مضاف الى وقت ولا معلق بشرط فتتصرف بالوكالة منذ الان

واما في قولي لك

وكلتك ببيع حصاني هذا متى جاء التاجر الفلاني هنا

فان لو كالة لا تنفذ ما لم يأت التاجر · فلا يمكنك التصرف بموجب هذا التوكيل · فيكون التعلق قد منع من انعقاد علة التصرف في الحال وهو علة التوكيل

واما الشرط التعليقي فهو المعلق على حصول مضمون جملة اخرى كما ذكرنا

ومثاله لو باعه فرساً بالف على ان يتم البيع اذا رضي والد البائع

والتقييدي لو قيده بقيد كقوله بعتك بشرط دفع الثمن معجلا

ومثال المربوط باداة الشرط ان هلك مالك عند زيد فانا كفيل

ومثل المضمر فيه اداة الشرط انا كفيل لك دينك الذي يثبت في ذمة زيد · فكانه بذلك قال ان يثبت لك دين في ذمة زيد فانا كفيل

واما الشرط الجائز فهو ما اقتضاه العقد او لائمه او ما جرى عليه العرف والعادة او ما اجازه الشرع

فمثال ما اقتضاه العقد ولائمه البيع بشرط حبس المبيع حتى استيفاء الثمن · فلو قال البائع للمشتري بعتك فرسي هذا بالف على ان لا اسلمك المبيع ما لم تسلمني الثمن - فهذا الشرط جائز لانه من مقتضيات احكام البيع ان تتم المبادلة بين البائع والمشتري بالتسليم والتسلم من الجانبين · فهذا اكمال للبيع · فكان ملائماً للعقد متمماً لمقتضياته · لذلك جاز

ومثل ما قد جرى عليه العرف والعادة بيع بغل على ان يبيطره البائع · فحيث جرى العرف بين باعة الدواب بان يحذو البائع الدابة صح

الشرط ولولا جريان العادة به لما صح لانه من الشروط التي فيها نفع لاحد العاقدين ضمن عقد المعارضة

ومثال ماورد الشرع بجوازه: خيار الشرط في العقود، كما ورد في المادة ٣٠٠ من المجلة . فلو باع كرماً على انه في الخيار ثلاثة ايام اما ان يعقد البيع او ان يلغيه فشرط الخيار هذا صحيح . سواء كان للعاقدين او لاحدهما او لاجنبي .

ويمكن كل فرد الشرط الجائز نافذ على من شرط على نفسه

الشرط الفاسد هو ما ليس مما يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى عليه عرف وعادة ، ولا ورد به الشرع ، او كان مع ذلك فيه نفع لاحد العاقدين في عقود المعاوضة ، او فيه نفع لمبيع من اهل الاستحقاق

الشرط الفاسد على نوعين : احدهما انه مع فساده يفسد العقد والثاني انه مع فساده لا يفسد العقد

فالفاسد الذي يفسد العقد هو الشرط الفاسد في العقود التي فيها معاوضة المال بالمال مثل البيع والقسمة والاجارة والصلح عن مال بمال والمزارعة والمعاملة والابراء عن الدين

ففي هذه المعاملات اذا كان الشرط فاسداً وحصل في صلب العقد اي في متنه ، كان الشرط والعقد فاسدين

واما الفاسد الذي لا يفسد العقد بل يكون معه الشرط لغواً فهو : ما ورد في المعاملات التي ليس فيها مبادلة مال بمال كالقرض والهبة والصدقة والرهن والايفاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والحجر وفك الحجر والاذن بالتجارة والصلح عن دم العمد والابراء عنه والرد بعيب او بخيار الشرط واسقاطه

والشرط اللغو — هو ما ليس جائزاً ولا فاسداً ، كمن يشترط نفعاً لمبيع ليس من اهل الاستحقاق . فلو قال بعتك دابتي هذه على ان لا تبيعها من اخر ، او على ان لا تفصلها عن حملها او ان تطعمها شعيراً فهذه شروط ليست فاسدة ولا جائزة بل ملغاة ولا حكم لها على عقد البيع ولا اثر لها فيه

المسلمون عند شروطهم — ومتى علمت ذلك كله فاعلم ان هذه المادة والمادتين ٨٣ و ٨٤ في حكم المادة الواحدة او الموضوع الواحد

فقد ورد الحديث الشريف « المسلمون عند شروطهم » . وحيث قد عرفت ما هي الشروط الجائزة فاعتبر انهم : يكونون عند شروطهم الجائزة

وفي مراجعة مقدمة المجلة او مضبطة جمعية المجلة فائدة فراجعها

ومتى قضى الشرع ان يقوم الانسان بشروطه كان المعلق بالشرط واجباً الثبوت عند ثبوت ذلك الشرط بحكم المادة ٨٢ ولزمت مراعاة

الشرط بقدر لامكان ، وكانت المواعيد بصور التعاليق لازمة كما جاء في المادتين ٨٣ و ٨٤

فالمواعيد اما ان تكون مجردة فلا يلزم وفاؤها . او ان تكون معلقة على حصول شيء او عدم حصوله ، فانها تلزم

فلو وعده بهبة او قرض او بيع او كفالة ولم يعلقها على حصول شيء ، لاتلزمه كما لو قال اعدك اني اكفلك فلا تلزمه الكفالة

واما اذا كانت المواعيد بصور التعاليق ، فتلزم . لانه تعلق بها حق . مثال ذلك لو قال واحد لآخر باع هذا الشيء لفلان وان لم يعطك ثمنه فانا اعطيك ، فلم يعطِ المشتري الثمن — لزم الرجل اداء الثمن المذكور بناءً على وعده المعلق

واذ كانت هذه الايضاحات شاملة للمواد الثلاثة المذكورة فاننا نقتصر هنا على ايراد نص المادتين ٨٣ و ٨٤

المادة الثالثة والثمانون

تلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان

المادة الرابعة والثمانون

المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة

واما قوله في المادة ٨٣ بقدر الامكان فذلك لانه لا يكلف الله نفساً الا وسعها فلا يجبر احد على القيام بشرط خارج الامكان او فوق طاقته

راجع المواد ٨٩ و٢٨٧و٣٠٠و٣٩٨و٤٠٨ و٤٤٠ و١٨٦و١٨٧ و٥٠٥و٦٠٥و٦٣٦و٦٣٧و٦٩٦و٧٢٨و٧٨٤و٨٥٥ و١٣٤٩ و١٣٦٧ و١٣٧٠ و١٣٧١ و١٣٩٠ الى ١٣٩٧ و١٤٠٢ و١٤٠٣ و١٤٢٠ و١٤٣٨ و١٤٤٦ و١٤٥٦ و١٤٦٧ و١٦٢٣ و١٥١١

المادة الخامسة والثمانون

الخراج بالضمان

راجع المواد ٥٩٥ و١٣٤٧ و١٣٥٧ و١٣٦٦ و١٣٦٩ و١٣٧٨

يعني ان من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان : مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة، لا تلزمه اجرته لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله اي ان خسارته كانت راجعة عليه كذلك (انظر الى المادة ١٣٤٧ من المجلة)

الخراج

الخراج ما خرج من الشيء كالثمر من الشجر والدرّ من الحيوان ، والنسل منه ايضاً ، وكذلك المنافع المعنوية كاستعمال واجرة الدار

الضمان

الضمان هو لغة: الكفالة والالتزام . وفي الاصطلاح تحمل قيمة الشيء او مثله

وهذه القاعدة: هي حديث شريف ورد لما جاء رجل الى الرسول [صلعم] يدعي على آخر بعيب ظهر في مشريه كان دلّه البائع اي كتم ذلك العيب، وكان المشتري قد استعمل المبيع وانتفع به بالاستعمال، فلما حكم الرسول برد المعيب على البائع قال له: يارسول الله انه قد استعمله فاحكم لي بالاجرة فقال: الخراج بالضمان:

اي ان المنفعة بمقابل الالتزام عند الهلاك، وعلى قول ان الضمان يفيد معنى الانفاق فيكون ان النفع مقابل النفقة

والقصد من هذه القاعدة: هو ان تتحمل نفقات التزام قيمة، او مثل شيء حق له الانتفاع به، او انه اذا انتفع به لا يضمن منافعه كما رأيت في المثل الوارد في متن المادة

استحقاق الربح

وفي المادتين ١٣٤٧ و ١٣٤٨ ورد ان استحقاق الربح يكون باحد ثلاثة: هي المال والعمل والضمان . ومثّل للضمان في من له دكان لتقبل الاشغال كالاستاذ الذي يقبل الاشياء و يعطيها التلميذ باقل مما اخذ فيطيب له الفضل بالضمان

فهذا الاستاذ لم ينفق من ماله ولا عمل بيده ، ولكن استحق الذي اخذه من الاجر بسبب ضمانه قيمة الاشياء التي تسلمها

قال في الاشباه « قال اصحابنا في باب خيار العيب ان الزيادة المنفصلة الغير المتولدة من الاصل لا تمنع الرد بالعيب كالكسب والغلة وتسلم للمشتري ،ولا يضر حصولها له مجانا لانها لم تكن جزءا من المبيع فلم يملكها بالثمن . وانما ملكها بالضمان وبمثله يطيب الربح، للحديث: الخراج بالضمان

المادة السادسة والثمانون

الاجر والضمان لا يجتمعان .

راجع المواد ٤١٦ و٤٦٧ و٤٨٢ و٤٦٩ و٥٤٥ و٥٤٦ و٥٤٧ و٥٤٨ و٥٣٦ و٥٥٠ و٥٥١ و٥٥٥ و٥٥٦ و٥٩٦ و٦٠٥ و٦٠٦

الاجر هنا بمعنى الاجرة . فالاجرة لا تلزم رجلاً يضمن الشيء الذي تدعى اجرته، الا في احوال معينة وهي مال الوقف او مال صغير او كون المال معداً للاستغلال (راجع المادة ٥٩٦ من المجلة)

كالغاصب مثلاً فانه لا تلزمه اجرة الدار واجرة الدابة وغير ذلك لانه في مدة الغصب ضامن بقيمة الدار والدابة فاصبح كأنه مالك لها في تلك المدة بقوة الضمان لانها لو هلكت بيده لزمته قيمتها ومتى كان واحد يضمن قيمة الشيء فانه يطيب له بحكم ضمانه خراجه ومنافعه

والغصب كما يكون ابتداءً باخذ مال الغير دون رضاه — يكون انتهاء بالتعدي والتجاوز عن الحد المضروب له بالاجارة

فمن استأجر دابة ليركبها من بيروت الى الحدث ، اذا تجاوز بها الى محل ابعد يضمن الغصب الحاصل من تجاوز المحل المأذون بالركوب اليه · فهو في ماتجاوزبه ، في حكم الغاصب الذي يدخل اصطبل احد فيأخذ فرسه ويركبها حيث شاء

غير انه اذا كانت الدابة معدة للاستغلال ، او كانت الدار معدة للاجارة ، او كانت مال وقف ، او صغير — فتلزمه الاجارة مع الضمان لصيانة اموال الوقف والصغير من الغصب ، والمعد للاستغلال من فوات منفعته ، وتيسيراً لتهيئة الاشياء للاستغلال لما في ذلك من اليسر على الناس

والضمان كما يكون في الغصب يكون في سواه من الامور كالتعدي وسواه مما نقرأه في محله

ولكن القاعدة هذه (الاجر والضمان لا يجتمعان) يشترط فيها ان يكون ذلك في محل واحد ومن سبب واحد

ومعنى المحل هنا : هو الشيء الذي كان لولا الضمان تؤخذ عنه لاجرة كالدار والحيوان · ومعنى السبب هو ذلك الشيء الذي تسبب عنه الاجرة كالسكنى والركوب

فمن استأجر دابة على ان يركبها ، فحملها ، فاذ كان الحمل اشد

ضرراً من الركوب – يضمن قيمتها فلا تلزمه اجرتها لما لم تكن مما هو مستثنى كما ذكر

وذلك لوحدة الدابة ، وحدة المسبب وهو التحميل

واما لو اتحد المحل واختلف السبب ، او اختلفا كلاهما فتلزم الاجرة والضمان

مثال ذلك رجل استأجر دابة الى الحدث فركب الى الحدث ، ومنها تجاوز الى الدامور . فاختلف سبب الاجر وسبب الضمان لانه تلزمه الاجرة على ما استوفاه من المنفعة بالركوب الى المكان المعين في عقد الاجارة و يلزمه الضمان عما تعدى به من المسافة بعد المكان المذكور فانه بذلك كان مستأجراً في الاول غاصباً في الثاني فلو هلكت الدابة لزمه الاجر الى الحدث فقط ولزمه الضمان للغصب

وكذا من استأجر دابة ليركبها بنفسه الى محل معين فركبها ولكنه اردف معه آخر ، فوصلا وهلكت ، لزمه الاجر لتمام انتفاعه بالوصول الى المحل المقصود ولزمه مع رفيقه — ضمان قيمة الدابة للتعدي ومخالفة اذن صاحبها

والضمان بينهما مناصفة سواء أكان احدهما اخف او اثقل ، فاعتبار عدد الراكب كفاية

و يشترط لضمانها ان تكون الدابة لما يتحمل مثلها

واما اذا كانت لا تتحمل مثل ثقلها وهلكت لزمه الكل ، للتعدي

وتعد اهلا لها، لانه مع ظهور كونها لا تتحمل حملها . فقد ركبها وارکب معه آخر

المادة السابعة والثمانون
الغرم بالغنم

المواد ١١٥٢ و١٣١٦ و١٣١٨ و١٣١٩ و١٣٢١ و١٣٢٤ و١٢٢٦ و١٣٢٠ و١٣٦٠ و١٣٦٧ و٣٦٨ و١٠٧٣ و١٣٠٨ و١٣٢٧

يعني ان من ينله نفع شيء يتحمل ضرره

هذه المادة من قواعد المجامع للحموي وهي بمعنى معكوس للمادة ٨٥ فتلك قالت ان الخراج بالضمان اي المنافع بمقابلة الضمان . وهذه تقول وكذلك الضمان فانه بمقابلة المنافع فكانها تبحث عن لزوم الضمان فجعلته المنافع

فالغرامات ان كانت لحفظ الاملاك تنقسم على قدر الحصص بالملك وان كانت لحفظ النفوس فتقسم على عدد الرؤوس

ومنها اذا اشرفت السفينة على خطر فالقوا بعض محمولها فان قيمته تقسم على من ستفيد من القائه فاذا كان ذلك لاجل النفوس فعلى عدد الرؤوس (راجع الاشباه في باب القسمة)

وهكذا اجرة المحل واجرة الحارس للمحافظه على الرهن فانها عائدة على المرتهن اي ذلك الذي ينتفع بحبس الرهن عنده مقابل دينه لان الحبس

من واجبه الحفظ، والحبس انما كان في مصلحته (راجع المادة ٧٢٣ من المجلة)

المادة الثامنة والثمانون
النعمة على قدر النقمة والنقمة على قدر النعمة

انظر المواد ٥٠٦ و١٣٠٨ و١٣٠٩ و١٣٢٠

هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي تتعلق بانتظام امور الادارة واحقاق الحق . وهي ركن لحسن اقامة اركان الاسر والحكومات وكل الاعمال وهي في الوقت عينه دينية خلقية فان كلاً منا يعلم ان المجازاة والمكافاة اساس مكين في بنيان الكون ورقي الجماعة البشرية فمن عمل خيراً كوفيء خيراً ومن عمل شراً عوقب على شره

وهل يحصد الانسان الا ما زرع ؟ ومتى اختلت هذه القاعدة في دولة او جماعة او معمل او جمعية اختل النظام وسادت الفوضى

وكذلك في تحمل النفقات والاتعاب فان من يملك ثلث بنيان عليه ثلث نفقة بنائه عند تهدمه ، وعليه ثلث التكاليف الاميرية ، وعليه ثلث اجرة الحارس ، وله ثلث الحاصل من دخله كالاجرة وله سكناه ثلث المدة المعينة في المهايأة (ذلك قبل صدور قانون القسمة الجبرية وقد الغي المهايأة)

والمطالع يلحظ ان هذه المواد ٨٥ و٨٧ و٨٨ بحكم المادة الواحدة من جهة الاصل الذي هو: ان الانسان يجب ان يتحمل من المشقة والكلفة

في عمل او شراء بمقدار ما يحصل له من المنفعة منه . وبمعنى آخر انه لا يجب له من منفعته اكثر مما وجب عليه من مشقة

ومع ذلك ففي اختيار جمعية المجلة لهذه المواد متفرقة ، واعتبار كل منها قاعدة منفردة — ما يدل على ان هنالك تبايناً ولو في التفرعات ومواضع الاستعمال

المادة التاسعة والثمانون

يضاف الفعل الى الفاعل لا الى الآمر ما لم يكن مجبراً

مفهوم المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٦١١ و ٧٤١ و ٧٤٢ و ٧٥٩ و ٧٦٦ و ٧٧١ و ٧٧٢ و ٩٤٩ و ٩٤٣ و ١٠١٠

واعلم انه في ابواب الاكراه والغصب والاتلاف ينطبق على هذه المادة

كل من يعمل عملاً يسأل عنه فان المرء مؤاخذ بعمله . فمن اتلف مالاً لزمه قيمته — ان قيمياً او مثله ان مثلياً — لصاحبه . واما اذا كان عمل عمله مسوقاً اليه بامر آمر فالآمر لا يضمن بسبب الامر ، لان الآمر ليس بمكره ولا ملزم (كلاهما بالكسر) فعلَ ما امر به . بل هو طالب لايقاع المأمور به . واما حصول الفعل فانما هو باختيار الفاعل المامور فيضاف الحكم الى الفاعل دون الآمر ولان الاصل اضافة الى العلة دون السبب ولو كان امراً [مرآة المجلة عن شرح المجامع]

ولكن يضمن الآمر في المواضع الآتية

(١) الاجبار الملجىء لفقدان الاختيار في الفاعل

(٢) ان يكون الآمر بالغاً عاقلاً والمأمور صغيراً فيضمن الفاعل

ولوليه حق الرجوع على الآمر لان امر الكبير العقل لصغير موجب ضمان الآمر

(٣) في جهالة المأمور كون المتلف ملكاً للآمر

كما لو امره بالقاء هذا الشيء الى البحر ففعل وكان الشيء في يد الآمر ولم يكن المأمور يعلم انه ليس له

(٤) في امر الاب ابنه ولو عاقلاً بالغاً باحراق ارضه ، ففعل ، وامتدت النار الى ملك الجار فاحرقته ، ضمن الاب لوجوب طاعته في الامر ، بخلاف ما لو امره ان اتلف مال فلان فيضمن بفعله

ويشرط في ضمان الاب الآمر في الحريق ان يكون امتداد النار مما يوجب الضمان . وذلك كما لو كان في هبوب ريح ، او كان الملك المحروق مجاوراً بحيث يطير اليه الشرار ولو لم يكن ريح ، او كان اوقد ناراً لا يوقد مثلها اي تجاوز فيها الحد المعتاد

(٥) لو امره بان يحفر له بئراً قائلاً احفر في ملكي هذا بئراً فحفر وسقط فيها حيوان فتلف ضمن الآمر ان كان الفاعل غير عالم ان الارض ليست له

(٦) امر السلطان كما لو امر السلطان جندياً باتلاف مال فلان وذلك في الامور العسكرية على الخصوص

(٧) او كان الآمر مولى للمأمور كالسيد يامر عبده باتلاف شيء على اننا في زماننا هذا — والحمد لله — عدنا لا نعلم ان هناك سادة وعبيداً

ولا يصدر بعد من الملوك اوامر خلافا للقانون ، حتى لو صدر امر من مول فليس من شأن المولى (بالفتح) ان يصيخ الى مولاه

المادة التسعون

اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الي المباشر

المواد ٧٨٧و٨٨٧و٨٨٨و٩٢٢و٩٢٥

مثلا : لو حفر بئراً في الطريق العام فالقى شخص حيوان شخص آخر في تلك البئر ضمن الذي القى الحيوان ، ولا شيء على حافر البئر (راجع المادة ٩٢٥ من المجلة)

المباشر: هو من يحصل التلف بفعله من غير ان يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار

المتسبب: هو من حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار

وبصورة اكثر وضوحاً نقول: ان المباشر من باشر العمل الذي حصل به التلف مادة ٨٨٧

والمسبب من عمل السبب الذي باستعماله حصل التلف . كفعل من احدث امراً في شيء فافضى الى تلف شيء آخر (مادة ٨٨٨ من المجلة)

قلنا في شرح المادة ٨٩ السابقة ان الانسان مؤاخذ بعمله ، وقلنا ان من يعمل عملاً بامر آخر يكون العامل مسؤولاً عما عمل الا في

احوال اوضحناها

ونقول الآن : كما ان الانسان مسؤول عن عمله وقوله، فمسؤوليته هذه لا تمنع مسؤولية شخص آخر له علاقة في ذلك الفعل غير ان المسؤولية انواع ودرجات. فمن حفر بئراً في طريق عام خلافاً للشرع ضمن ما يحصل من ضرر للناس بسبب تلك البئر فلو سقط فيها حيوان ضمن قيمته وهذه الدرجة من المسؤولية لا يبرئه منها شيء

ولكن لو حفر البئر و بينما هي تحت تبعته وضمانه جاء رجل آخر فالقى فيها حيواناً فالتبعة هذه اي فيما يختص بضمان قيمة هذا الحيوان عائدة على من القى وليس على من حفر. لانه قد اجتمع ضامنان احدهما متسبب والثاني مباشر فالمباشر هو المسؤول لان مباشرة فعل الاتلاف هي علة للتلف

والعلة: هي في اصطلاح الفقهاء عبارة عما يجب به الحكم معه ،وقيل ايضاً العلة هي ما يتوقف عليه وجود الشيء و يكون خارجاً مؤثراً فيه

ووجه تسميتها علة لان العلة لغة التغيير فبتغير الشيء من عدم لوجود او من خصوص لعموم حصلت العلة لان العلة هي خارج موثر اي موضوع الحكم فكان الحكم بذلك مضافاً للعلة والعلة مؤثرة في الحكم اي ان الحكم لا يتأخر عن العلة بل يرد معها

يعني ان العلة تقع والمعلول في زمان واحد ولا واسطة اخرى تقع بينهما فان حصل بينهما واسطة تكون العلة آخرة

واما السبب فهو: الشيء الموصل للحكم. ذلك في الاصطلاح الشرعي. فالسبب ليس بخارج مؤثر موضوع للحكم بل هو طريق تؤدي الى المعلول

ومما تنطبق عليه هذه القاعدة: ما لو فتح احد باب اصطبل هو في تصرف آخر، وفيه فرس، فمضى الفاتح، ثم حضر آخر على غير اتفاق مع الاول، فاخذ الفرس — لا يضمن الاول لانه باجتماع المباشر والمتسبب ضمن المباشر

وكذا لو فتح منفذاً للماء في مجرى النهر ليسقي منه ارضه فسقى وتركه مفتوحاً، فجرفت المياه ارض جاره واضرت بها ضمن، لانه سبب ذلك ولم يكن مباشر آخر ليضمن عنه. واما اذا جاء رجل آخر واتخذ للماء مجرى الى ملك الجيران واجراها فاضرت — ضمن هذا المباشر وليس ذلك المسبب

وكذلك لو اختلف اثنان في الطريق فامسك احدهما الآخر ومر بهما شخص ثالث لا اتفاق له مع احدهما، فبينما هما متماسكان اخذ الثالث مال احدهما وفر — فلا ضمان على الممسك بل يضمن الآخذ

وكذا لو خرج نازل الفندق ليلاً وترك الباب مفتوحاً فدخل لص وسرق، فان لم يكن بينهما اتفاق على ذلك لا يضمن الاول لانه لم يباشر السرقة

واما من لزمه الحفظ فخالفه الى التسبب بالاتلاف او الضياع ضمن كالوديع اذا اشار الى الوديعة للسارق فسرقها . فان الوديع يضمن كما ورد في المادة ٧٨٧ . وذلك لانه في التقصير بالحفظ والاشارة الى الوديعة قد خان ما هو مكلف اياه فسبب ضياعها

ويستثنى من احكام المادة ٩٠ المذكورة - قضاء القاضي بشهادة شهود رجعوا بعد الحكم عن شهاداتهم ، فالقاضي لا يضمن والشهود يضمنون . مع ان الشهود لم يكونوا مباشرين الحكم بل متسببين به

على ان الامام الشافعي قد تشبث بهذه القاعدة وقال بضمان القاضي لمباشرته الحكم

ولكن الحنفيين قرروا عدم ضمان القاضي . لان القاضي كان مجبراً على القضاء بشهاد شهود تزكوا سراً وعلناً ، فلا يملك عدم الحاكم بدعوى ثبت لديه بالبينة المعدلة . ولو ملك ردها بعد التعديل لافضى الامر الى فوضى واستبداد وارتباك فى الاحكام اذ اصبح ولا قيد يقيد القضاة

حتى اذا امتنع القاضي عن الحكم يعتبر في زماننا مستنكفاً عن احقاق الحق . و يتعرض لان يضمن للمتضرر ضرره ، وقد يكون من نتائج ذلك العزل والتعزير والاثم . فحكم القاضي بحكمه هذا حكم المجبر المكره

وفوق ذلك لو صحت قاعدة الشافعي لامتنع الناس عن القضاء وتقلده خشية الغرامات والضمانات ، وقد لا يملك قاض ما يسد به تلك

الضمانات

لذلك اصبح ممتنعا حكماً وشرعا ضمان هذا المباشر وهو القاضي فاعتبر كأنه لم يكن وضمن عند ذلك المتسبب وهو الشاهد الراجع عن شهادته بعد الحكم

واعلم ان المواد ا ٩١ و٩٢ و٩٣ الآتيات هي موضحة لشرائط هذه هذه المادة

المادة الواحدة والتسعون

الجواز الشرعي ينافي الضمان

المواد ٢٩٩ و٧٩٥ و٨٢٤ و١٥٠٠ و٩٢٤ و١١٩٢

مثلاً لو حفر انسان في ملك نفسه بئراً فوقع فيه حيوان وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً

ان الضمان يكون في الحال التي لا تجوز شرعاً . فما جاز استعماله شرعاً لا يوجب ضماناً فاذ كان يحق لكل مالك ان يتصرف في ملكه كما يشاء — كان له ان يحفر بئراً في ملكه. ولما كان الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فسقوط حيوان في البئر المذكورة لا يوجب ضماناً . على الحافر وليس كذلك الحفر في الطريق العام لانه ممنوع فبالتعدي ومخالفة المنع ترتب الضمان على من حفر بئراً في الطريق العام فسقط فيه حيوان

هذا مثال على الاتلاف بالسبب اي على المتسبب وكذلك الجواز الشرعي في حالة مباشرة الاتلاف فانه منافٍ الضمان ايضاً مثال ذلك:

لو وقع حريق في محلة فامتدت النار ، وخيف شرها، فامرت الحكومة بهدم الدور المجاورة لمنع سراية النار وامتداد لهيبها في المحلة - فاذ كان يرتكب الضرر الاخف لازالة الضرر الاشد فيكون الهدم جائزاً شرعاً و بقوة هـذا الجـواز الشرعي لا يضمن الهادم، ولو كان فعل ذلك دون رضا واذن صاحب الدار. ولا يضمن الآخر لانـه في الحالة هذه امر امراً شرعياً

هذه امثال على عدم جواز ضمان المباشر

الحاصل انه عند وجود الجواز الشرعي — لا يترتب ضمان على المباشر ولا على المتسبب

واما في الجوازات الشرعية ينظر الى اطلاقها وتقييدها فالمطلق منها يجري على اطلاقه والمقيد يجري فيه حكم التقييد . فقد اجاز الشرع للجائع اكل مأكولات او اثمار الاخرين، ولكنه قيده بلزوم اداء القيمـة

فيكون الضمان والجواز قد اجتمعا، لكن في حالة معينة لكل منهما حدوده

فجواز اكل مال الغير في حالة الاضطرار و الجوع يعني تملكه دون اذن صاحبه للحاجة الماسة . ودفع القيمة يعني التعويض على صاحب المال لان الاضطرار لا يبطل حق الغير ، ولان الضرورات تقدر بقدرها.

فتقييد اكل مال الغير بالاضطرار و بتعويض القيمة

فتكون هـذه المادة مفسرة للمادة ٩٠ السابقة بحيث يصح

ان نقول انه: اذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المباشر الا في حالة الجواز الشرعي فلا يضمن احد لان الجواز الشرعي ينافي الضمان

المادة الثانية والتسعون

المباشر ضامن وان لم يتعمد

انظر المواد ٩١٢ و٩١٤ و٩١٥ و٩٢١

يعني عند عدم الجواز الشرعي . واما سبب الضمان فهو مباشرة الاتلاف لان المباشرة علة مستقلة اسماً ومعنى وحكماً . والتلف معلول فيضمن القاتل بغير حق دية المقتول ، والغاصب قيمة المغصوب ، وكذا من اتلف مال الاخر

وبينما نرى ان المباشر يضمن وان لم يتعمد نرى ان المتسبب لا يضمن الا اذا تعمد او تعدى متجاوزاً عن الجواز الشرعي كما يرد في المادة الآتية

والفرق بينهما ان المباشرة علة والتسبب طريق لحصول العلة . فالعلة وحدها توجب الضمان والطريق المؤدية للعلة يشترط فيها القصد والتعمد او مخالفة الجواز

المادة الثالثة والتسعون

المتسبب لا يضمن الا بالتعمد

المواد ٨٨٨ و ٩٢٢ و ٩٢٤ والفقرة الاخيرة من الـ ٩٢٤

وكما سبق القول يضمن ايضاً بالتعدي وتجاوز الحق الشرعي

مثال الضمان مع التعمد:

لو اجفل احد حيوان آخر ففر وضاع ضمن قيمته ، لانه تعمد اجفاله ، فكان متسبباً لضياعه ، فاجتمع السبب والعمد فضمن

ومثال الضمان مع التعدي:

لو حفر بئراً في الطريق العام على ما مر ، فانه اعتدي بذلك على الطريق العام ، وادى سقوط شيء فيها وهلاكه يضمن لاجتماع التسبب مع التعدي . وكذا لو حمل ناراً في طريق بيده فطار منها شرار احرقت مال الجار فلا ضمان ، الا اذا كان يوم ريح فانه يضمن لعدم جواز حمل النار في الرياح بين الدور

اذا اجتمع متسببان على حال واحدة ينظر:

فان كان تسبب كل منهما مفضياً الى وقوع الضرر ، فكلاهما بحكم الفاعل الواحد ، وكل منهما يضمن ولصاحب المال مطالبة اي كان منهما وهما كفيلان وشريكان في الضمان

وان كان تسبب احدهما وحده مفضياً الى وقوع الضرر فهو وحده في حكم الفاعل ، والآخر بحكم المعين

مثلاً : اذا كان لرجل فرس مقيد في ضمن آخور فجاء رجلان
احدهما او كلاهما قيده وتركاه ، ثم فتحا الباب كلاهما ففر وضاع —
ما ، وعلى انفراد قيمة الحصان
واما لو كان الذي حل القيد واحداً والذي فتح الباب واحداً
فاتح الباب ضامناً . لان الفرار لا يتم ولا يمكن الا بفتح الباب
الذي سبب الفرار وان كان الاول معيناً له بحل القيد
بفر الفرس المقيد من باب مفتوح وكان ليس بالامكان ان يفر لو لم
الباب

المادة الرابعة والتسعون

جناية العجماء جبار

المواد ٩٢٩ و ٩٣٠ و ٩٣١ و ٩٣٢ الفقرة الاولى من ٩٢٣ و ٩٣٩

اي انه اذا حصل من العجماء جناية او اتلاف هدر فهو لا يلزم فيه الضمان
شرط الضمان ان يترتب على من يتحمله حقيقة كالبالغ او حكماً
صغير والمجنون . ولان الحيوان فاقد التمييز . والعقل حقيقة وقوة ، اي
يدرك ما في عمله من ضرر ، ولا هو ممن يترتب عليه حكم ومسؤولية
ضرراو نفع . لانه لا يعمل على نية او قصد
وشرط هذه المادة ان تكون جناية العجماء حدثت من تلقاء ذات
جما اي لم يسبقها اليه انسان فان كانت مسوقة ، ضمن الانسان

ويضمن ايضا صاحب الحيوان او من هو في يده فيما لو كان عا[illegible]
باذاه ولم يحتط لذلك

مثال عدم الضمان :

لو رفست دابة ولداً او رجلاً او مالاً وكان ذلك من تلقاء ذاتها
فلا ضمان على صاحبها ولا على غيره ممن هي في ايديهم كالمستأجر

مثال الضمان فيما لو ساقها الى ايقاع الضرر احد:

لو ركب الدابة في السوق مسرعاً واركضها فداست شيئاً او ول[illegible]
ضمن مثال الضمان عندسبق علمه باذاها

لو كان لاحد فرس (شموس) او كلب عقور او ثور نطوح و[illegible]
عالم بذلك، فاذا ربط فرسه او اطلقها في محل فرفست او لبطت—ضم[illegible]
ما تضرر من ذلك • وكذا لو عض كلبه العقور احداً ضمن • ا[illegible]
نطح ثوره احداً ضمن

راجع المواد ٩٢٩ و٩٣١ و٩٣٩

واما اذا رأى صاحب الحيوان حيوانه يتلف مال احد او يو[illegible]
ضرراً باحد ولم يتقدم فيمنعه ، يضمن: كمن رأى جاموسه يرعى زر[illegible]
آخر فلم يردعه فيضمن

وكذلك يضمن فيما لو قصر بحفظه وانه كان ملزماً ا[illegible]
يربطه في غير ممر الناس وان يطلقه في غير المحال القريبة من اجتم[illegible]
الناس او بعيداً عن المزروعات

والحاصل ان الضمان ليس على الحيوان، بل على صاحب الحيوان. او على من هو في عهده وضمانه

ولكن لا يضمن صاحبه او من هو في ضمانه ما لم يكن مسبباً متعدياً او متعمداً على ما مر بك في شرح المادة ا ٩٣

وفي المجلة فصل مخصوص في جناية الحيوان يبتدئ من المادة ا ٩٢٩ فليراجع

المادة الخامسة والتسعون

الامر بالتصرف في ملك الغير باطل

المواد ا ١٥١٠ و ٧ ١٠ الفقرة الاخيرة

يعني ان الامر لا قوة له ولا حكم ولا ضمان على الآمر ما لم يكن مجبراً، كما رأيت في المادة ا ٨٩

ومتى كان الامر باطلاً اصبح التصرف في ملك الغير موجباً للضمان على المتصرف اي على المأمور

يجري في شرح هذه المادة ما تقدم في شرح المادة ا ٨٩ . ففي حالة الخفاء والجهالة يرجع بما ضمن على الامر

وقد جاء في الهندية: جاء بدابة الى شاطئ نهر وهناك رجل واقف فقال له اغسل هذه الدابة بادخالها الى النهر فادخلها فغرقت والآمر سائس الدابة، ان كان الماء بحالة يدخل الناس فيه دوابهم للغسل لا ضمان على احد لان السائس له ان يفعل ذلك بيده او بيد غيره .

واما السائس فلا يرجع على المأمور . ويشترط لرجوع المأمور على السائس ان لا يكون عالماً انه سائس بل معتقداً انه صاحبها

غير انه قد استثني من ذلك اذا مات بعض الرفقة في السفر فباع رفاقه متاعه وجهزوه بثمنه وردوا البقية الى الورثة لم يضمنوا استحساناً

وكذلك لو انفق الوديع — في غياب المودع — على من وجبت نفقتـه على المودع وكان في مكان لا يمكن فيه اعلام القاضي فلا يضمن استحساناً

المادة السادسة والتسعون

لا يجوز لاحد ان يتصرف في ملك غيره بلا اذنه

راجع المواد ٣٠٣ و٣٠٤ و٩٠٧ و٩٤٢

الاصل ان كل واحد كما له ان يتصرف في ملكه كما يشاء له ان يأذن للغير في هذا التصرف . وهذا الاذن عينه هو من انواع التصرف المعنوية . وكما يجوز للمأذون ان يتصرف جاز للولي «ولو كان غير مأذون من المالك فانه مأذون من الشرع الذي ولاه» ولكن ضمن شروط الولاية وهي التصرف المنوط بالمصلحة

واما المالك او من اقامه المالك مقام نفسه كالوكيل العام فهو يتصرف كما شاء سواء أكان في ذلك مصلحة ام لا

فانه يتلف ماله او مال موكله الآذن له بالاتلاف

ولكن لا يجوز للولي او الوصي ان يتلف مال الوقف او مال الصغير

وان كان الماء بحال لا يدخل الناس فيه دوابهم فلصاحب الدابة الخيار: ان شاء ضمن السائس وان شاء ضمن المأمور ولكنه يرجع على السائس.

وقد يتصرف الواحد في مال الآخر للضرورة

واعلم ان هذه المادة مأخوذة عن الدر المختار حيث قال:

«لا يجوز التصرف في مال غيره بلا اذنه ولا ولايته»

وكما لا يجوز للخارج ان يتصرف في مال الآخر لا يجوز ايضاً للشريك ان يتصرف في الملك المشترك دون اذن شريكه فان تصرف وهلك لزمه الضمان

وقد قلنا انه لا يجوز التصرف بلا اذن المالك والآن نقول:

ان الاذن على نوعين الاول صراحة والثاني دلالة

فالصراحة كالوكالة بعمل شيء او التصريح بقوله أتلف مالي او اسكن داري او اركب دابتي الى آخر ما هنالك

واما دلالة فمثل الاجير راعي الغنم اذا مرض معه في الحقل خروف فذبحه - لا يضمن اذا قطع الرجاء من حياته

فانه وان كان صاحب الخروف لم يأذن الراعي صراحة في ذبحه الا انه نظراً الى كونه بموته لا ينتفع منه وبذبحه تحصل منفعته للمالك من لحمه فقد استحسنوا اعتباره مأذوناً دلالة وايد ذلك الاستعمال

وقد اختلف الفقهاء في ضمان الاجنبي - وهو شخص آخر ليس الراعي ولا المالك

فلو ذبح الخروف المذكور عند حصول مرض موته فبعضهم قال يضمن . وبعضهم قال لا يضمن . لان المنفعة تحصل بذبح الاجنبي كما في ذبح الاجير

واما اذا مرض الوالد فاخذ الولد من مال ابيه ثمن علاجه واجرة طبيبه ونفقة تداويه، فلا يضمن الولد . لانه مسوق الى ذلك بالاذن الحاصل من الضرورة . والدافع اليه عمل الخير وعاطفة البنوة

ومثل ذلك كل انفاق او تصرف يعمله الولد من مال الوالد لامر مثل هذا من الامور الضرورية في حالة عدم تمكن الولد من عمله

كما لو خاط له ثوباً شار به الطبيب . او شترى له قميص صوف

ولو انفق الورثة الكبار على الصغار ولا وصي لهم فلا ضمان على الكبار

وكذلك لو حمل المالك دابته فسقط الحمل فحملها اجنبي رآها في الطريق فهلكت بعد التحميل لا يضمن بخلاف ما لو حملها ابتداء فانه يضمن



المادة السابعة والتسعون

لا يجوز لاحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي

المادتين ٨٩٠ و٨٩١

وان اخذه عد غاصباً فيلزمه رد مثله ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً فيما لو هلك . واما اذا كان قائماً فيرده بعينه

الظاهر من هذه المادة ان الاخذ لم يدخل في التصرف الذي ورد في المادة السابقة . والا ما كان من حاجة الى هذه المادة لان التصرف في ملك الغير بلا اذن ممنوع

والاذن كما لا يخفى سبب شرعي

فالقصد اذاً من هذه المادة هو غير القصد من تلك وهو هنا

اولاً الغصب الشرعي وهو على ما جاء في المادة ٨٨١ :

اخذ مال احد وضبطه دون اذنه

وقال في التنوير: هو ازالة يد محقة باثبات يد مبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه لا بخفية

وعند الايمة الثلاثة: هو اثبات يد مبطلة

ثانياً السرقة وهي اخذ مال الناس خفية

ثالثاً الرشوة وهي ما يُعطى الحاكم لترويج المرام

رابعاً جميع الاسباب غير المشروعة كالهزل او السهو

واعلم ان هذه القاعدة مأخوذة عن كتاب المجامع

(وفي الحديث): لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعباً او جاداً فان اخذه فليرده

ومن ذلك: من وجد لقطة فاخذها فان نوى ردها واشهد عليه وشهرها لزمه ردها، ان قائمة، وان هلكت لا يضمن الا اذا لم يشهرها و نوى اخذها

وكذا يدخل في هذه القاعدة ما لو اخذ بدل الصلح عن حق مدعى به ثم ظهر انه لا يحق له شيء عنده فيعود عليه بما ادى له

مثال ذلك اذا ادعى عليه خمسين درهماً ديناً على مورثه. وفي المحاكمة تصالحا على مبلغ ثلاثين درهماً عن هذه الدعوى. ثم ظهر بعد حين ان ذلك الدين الذي ادعاه، كان قد اداه الميت، واخذ سند ايصال وجده الوارث بين اوراقه— فانه يعود عليه بما اعطاه و يستعيد الثلاثين درهماً

والخلاصة: انه اذ يجوز للانسان ان يأخذ مال الآخر بسبب شرعي فانه ممنوع عليه اخذه دون سبب شرعي

« وكل من اعطى شيئاً ظاناً انه واجب عليه اذا ظهر انه غير واجب ه حق استرداده، ما لم يكن على سبيل الهبة و يوجد مانع للرد »

المادة الثامنة والتسعون

تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات

المواد ٨٦٩ و ٨٧٠ و ٨٧١ و ١٢٤٨ و ١٧١١

هذه القاعدة وردت في المجامع حيث قال ان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان. وقال « تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات »

يعني ان الشيء اذا لم يتبدل بالواقع والحقيقة، ولكن تبدل سبب ملكه — يعتبر كأنه تبدل بذاته

فقد جاز للواهب ان يرجع عن الهبة. ولكن اذا انتقلت من يد الموهوب له الى شخص آخر — لا يحق له الرجوع لان تبدل سبب الملك جعلها كأنها تبدلت ذاتاً

وكذلك لو زاد عليها الموهوب له شيئاً من ماله، او غير نوعها فلا يرجع على الواهب

لان تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات

واذ كانت الصكوك من اسباب اثبات الديون، كان تبدل الصكوك قائماً مقام تبدل الدين، فلو كتب على نفسه صكين كل واحد منهما بالف لزمه الفان

واما اسباب الملك فقد وردت في المادة ١٢٤٨ من المجلة وايضاحها في ما تلا ذلك من المواد المدرجة في الفصل المذكور

واننا ذاكرون هذه الاسباب فيما يلي : وهي ثلاثة: الاول مثبت

للملك من اصله وهو الاستيلاء

والثاني : ناقل للملك من واحد لآخر كالبيع والهبة

والثالث : الخلافة كملك الوارث

فكل من ملك شيئاً لا بد ان يكون ملكه، باحدهذه الاسباب .

فاما ان يستولي عليه . اويشتريه او يتهبه او اما ان يرثه

والاستيلاء نوعان :

حقيقي: كمن يضع يده على الشيء

وحكمي : كمن يهيء اسباب وضع اليد، كمن ينصب شبكة للصيد فله ما وقع فيها . ووضع اليد على الشيء هو بنسبة ذلك الشيء نوعان: اما وضع يد حقيقي كما لو قبض بيده على منقول . او حكمي كمن تصرف في عقار . فتصرفه وضع يد

واعلم ان الاستيلاء اذا كان على مباح سبب الملك . واما اذا كان على ملك الاخر فهو غصب ولا يسبب التملك

المادة التاسعة والتسعون

من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بحرمانه

هذه القاعدة وردت هكذا في الاشباه

ووردت في كتاب الكفاية على الوجه الاتي :

(من استعجل ما أخره الشرع يجازى برده)

ووردت في زواهر الجواهر (من استعجل شيئاً قبل اوانه . ولم تكن

المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه)

و بذلك يفهم ان هذه القاعدة وضعت لعدم استعجال ما اخره الشرع الا اذا كان مصلحة في ثبوته فلا يعاقب بحرمانه

هذه قاعدة خلقية وشرعية . اما كونها خلقية ففيها مثلاً للشباب نصح وانذار فمن اسرف في شبابه عوقب بحرمان قوة الشباب ونضارته واما شرعاً فمعلوم ان الانسان يرث مورثه و يملك بالارث نصيبه من التركة . ولكن لو استعجل هذا بقتل المورث — فانه يعاقب فضلاً عن القصاص والسجن — بحرمانه من ارثه

و كذلك من اوصي لواحد بشيء بعد وفاته فقتل الموصى له الموصي تعجيلاً للوصية — حرم الوصية . ولا حاجة لاثبات كون القتل كان على نية تملك الارث والموصى به . اذ يكفي ان يكون القتل مما يوجب العقوبة

واما القتل الذي لا يوجب قصاصاً ولا كفارة — فلا يحرم الارث ولا الوصية

كما لو رأى احد محارمه في حالة الزنى فقتلها فانه لا يحرم ارثها ومعلوم ان الطلاق يمنع الارث ولكن من طلق زوجته في مرض موته ومات ضمن عدتها ، فلا تحرم ارثه لانه يعتبر من قبيل استعجال الشيء قبل اوانه يعني كمن يقصد بطلاقها حرمانها ارثه قبل اوان الارث

المادة المئة

من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه

المواد ١٠٢٤ و ١٦٤٧ الى ١٦٥١ و ١٦٥٢ و ١٦٥٦ و ١٦٥٨ و ١٦٥٩

يعني ان الانسان اذا عمل شيئاً أصالة او وكالة ثم عاد يسعى لنقض ما عمله فلا يسمع له ولا يقبل منه. بل يرد سعيه عليه

مثلاً: من باع مالاً من آخر ثم جاء يدعي ملكية ذلك المال — فلا تقبل دعواه. وكذلك لو باعه بالوكالة. لان باضافة المبيع الى موكله اعترافاً منه بعدم ملكية نفسه. وكذا لا تقبل دعوى وكيل البيع، بالشفعة في ذلك المبيع

سئل في امرأتين باعتا دارهما من رجل بيعاً باتاً شرعياً بثمن معلوم، وكتب بذلك صك متضمن كونهما باعتا ما هو جار في ملكهما ومطلق تصرفهما الشرعي. والآن تدعيان ان الدار المذكور وقف عليهما فهل تسمع دعواهما

الجواب: لا تسمع دعواهما المذكورة (لان من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه)

تنقيح الحامدي

واما لو ادعتا انه وقف مسجد او مقبرة فتسمع «اشباه»

وكذلك لا تقبل دعوى من باع شيئاً بالوكالة اذا ادعى بعد البيع

ملكية المبيع لنفسه

لان الانسان متى صدر منه اقرار بعين لغيره فكما انه لا يملك ان يدعيه لنفسه — لا يملك ان يدعيه لغيره بوكالة ولا وصاية. لان التناقض يمنع الدعوى لغيره كما يمنعها لنفسه

وكذلك من كفل في عقد بيع فلا يسعه ادعاء ملكيــة المبيع لان تمام البيع حصل بكفالته فمن سعى بنقض ما تم من جهته فسعيــه مردود عليه

والكفالة بالدرك: هي ان يكفل للمشتري ثمن المبيع لو استحقه شخص آخر

على ان البيع لا يمنع دعوى الغبن في مال اليتيم والوقف. ودعوى الغبن مع الضرر او الاضطرار في مال البالغ العاقل

لان وجود الغبن في الاولى والغبن والضرر او الغبن والاضطرار في الثانية انما هو وحده سبب لنقض البيع عند الدعوى

وكذلك لا يمنع دعوى البيع الفاسد والعيب القديم عند عـدم علم المشتري عند العقد

ومثله الرهن فمن رهن مالاً عند آخر مقابل دين معلوم لا يقبل اقراره ان المال هو لشخص آخر بل يجبر على الاداء وتخليص الرهن وتسليمه الى المقر له

— انتهى —

فهرست هجائي [1]

لمواضيع الكتاب

(١) لجامعه الاستاذ نجيب خلف

[ب]

[خ]

[د]

[ط]

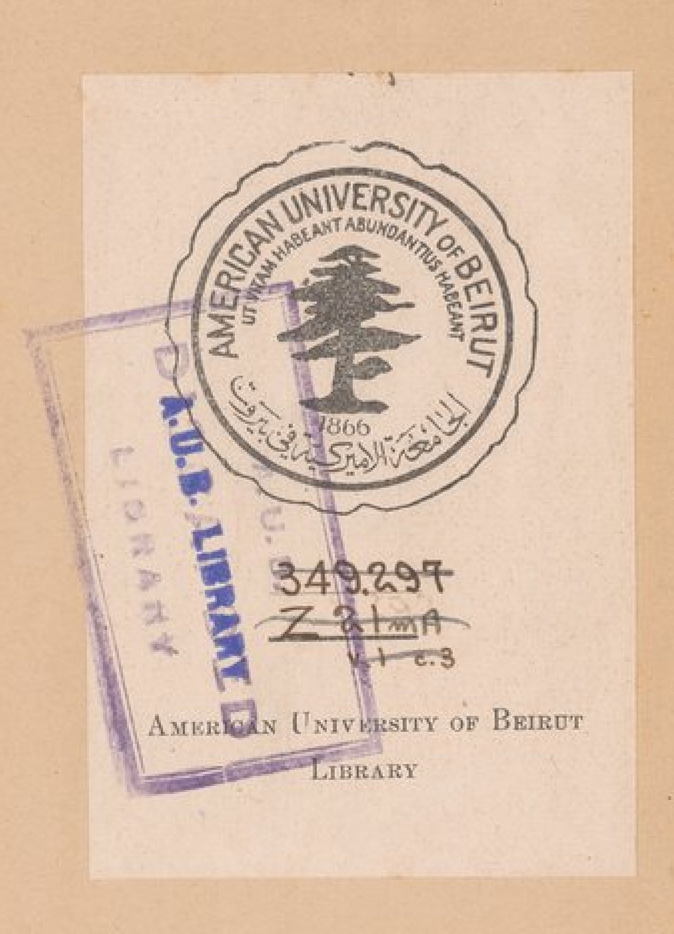
[ظ]

[ع]

اصلاح الغلط المطبعي

صفحة	سطر	غلط	صواب
٥	٧	ان هذه الشريعة ككل	ان هذه الشريعة من حيث المعاملات ككل
٢١	١٥	معلوم	معدوم
٢٩	١٢	لا يجوز	يجوز
٩٠	١٤	فان كان خفياً ام لا	زائدة فيجب حذفها
١١٤	٧	يعمل بها	لا يعمل بها
١١٥	١٦	يتبين	بينه
١٣٢	١٢	المادة ٤٧٢	١٥٨٤
١٣٦	٢	تقدم	تعارض
١٤٠	٢	ملك شيئاً ما	ملك ما
〃	٤	المادة ٢٣١	٣٣١
١٥٣	١٠	التاجر	ولا وكيل التاجر
١٦٣	١٢	المادة ١٠٤	١٠٤١
١٧٥	١٤	المادة ١٧	٧٧٠
١٨٣	٣	١٠١١	١٠٦١
〃	٦	هو خلاف	هو خلاف اليقين
١٨٩	٨	كال	كما في
٢٠٣	٨	باع	بع
٢٠٥	١١	ان	من
٢٠٣	٣	المسبب	السبب
٢١١	١٦	امراً	آمراً
٢٢٤	١٠		يزاد في اول الصفحة . وان كان الماء بحال لا يدخل الناس فيه دوابهم فلصاحب الدابة الخيار ان شاء ضمن السائس وان شاء ضمن المأمور ولكنه يرجع على السائس




AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT
UT VITAM HABEANT ABUNDANTIUS HABEANT
1866
الجامعة الاميركية في بيروت
A.U.B. LIBRARY
349.297
Z21mA
v.1 c.3
AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT
LIBRARY

